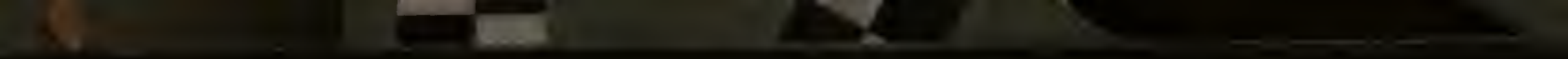
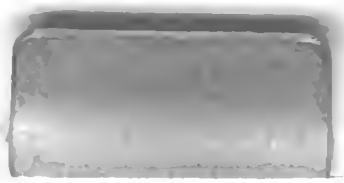


Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 1 3 1931



Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

für

das Jahr 1864.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Neue Folge.

Achtundzwanzigster Jahrgang.

Glückstadt.

Gedruckt bei W. Augustin.

Printed in Germany

Digitized by Google

AUG 13 1931
8/13/31

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

1. Stück. — Den 4. Januar 1864.

Ueber

provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

§ 1.

Einleitung.

Die Aufforderungen zum Klagen*) wegen berühmter Ansprüche oder wegen des drohenden Verlustes einer Einrede bieten die im Processe so gut wie allein stehende Erscheinung, daß sie nicht nur nicht in ihrem Entstehen einer gesetzlichen Basis entbehren, sondern daß auch, nachdem sie schon Jahrhunderte im Gebrauch gewesen, die Gesetzgebung sich ihrer auch da noch nicht oder nur höchst mangelhaft angenommen. Wenn dessen ungeachtet die Provocationsklagen in der Praxis bis auf den heutigen Tag sich behauptet haben und die Doctrin ihnen am wenigsten ihre Aufmerksamkeit entzogen hat, so liegt in dieser geschichtlichen Thatsache allein schon ein so gewichtiges Moment, daß man ihnen auch ohne alle fernere Erörterung im Allgemeinen das Prädicat als ex opinione necessitatis entstanden und erhalten zuzuschreiben geneigt sein muß. Hierbei haben sich aber auch vielfach die Proceßlehrer früherer Zeit beruhigt; man wußte und lehrte längst, daß zwei mißverstandene Gesetzesstellen des Röm. Rechts den Anlaß zu diesen Rechtsmitteln gegeben; aus den nächsten Vorgängern konnte man auch zur Genüge erfahren, daß in dieser Materie ein Reichthum an Controversen vorhanden, und auf die Behandlung dieser warfen sich durchgängig diejenigen, welche sich mit den Provocationen beschäftigen, wobei es an Citirung von Autoritäten für und wider gar nicht fehlte. Ein Weiteres wird aber von ihnen nicht geboten. Erst der neueren und neuesten Zeit war es vorbehalten, die Natur und das Wesen dieser Klagen dadurch näher zu begründen, daß den Ansichten derjenigen Juristen, zu deren Zeit die Provocationen zuerst auftauchten, nachgeforscht und von da an der weiteren Entwickelung nachgegangen ward. Insbesondere sind hier zwei verdienstliche Arbeiten hervorzuheben:

A. Martin, über den Begriff und die Begründung der sog. provocatio ex lege: si contendat, im dritten Heft des ersten Bandes des Magazin für den gemeinen Deutschen Proceß von Christ. Martin und Walch (1829), S. 257 bis 345,*) und

Muther, die Diffamationsklage, in seinem und Bekker's Jahrb. des gemeinen Deutschen Rechts, Bd. II S. 53—196 (1858).

*) Es ist mir nicht klar, weshalb Esmarch in seinem Repert. zu den Anzeigen die prov. ad agendum mit der prov. ad ordinarium in eine Linie zusammengestellt hat.

*) Die zwei ersten Hefte dieses Bandes erschienen bekanntlich schon 1802. Martin fügt in seiner Abhandlung den citirten älteren Juristen stets deren Zeitalter bei, Muther in der seinigen aber nicht, wodurch die Beurtheilung seiner Behauptungen über die jeweiligen Zeitansichten, namentlich bei dem vielfachen Rückwärtsgreifen, nicht selten erschwert wird.

Digitized by Google

Dasjenige, was diese beiden Arbeiten an Aeußerungen über die Provocationen aus der Glosse und den Schriften der ihr zunächstfolgenden Juristen beigebracht haben, wird sich zweifelsohne zwar vervollständigen lassen; es reicht aber schon aus, um eine selbstständige Ansicht über die Entstehung und Entwicklung dieser remedia zu gewinnen. Es ist dabei nur zu bedauern, daß jeder der beiden Genannten zu einseitig mit der zur Aufgabe gestellten Provocation sich befaßte, während nur eine beide Provocationen gemeinsam umfassende Untersuchung zu einem ersprießlichen Resultate für jede führen zu können scheint. Vielleicht wäre bei solcher Behandlung insbesondere die letztgedachte davor bewahrt worden, die sog. Diffamationsklage als aus einem Delict entspringend zu deduciren und darauf hin man möchte sagen mit eiserner Consequenz die für dieselbe gelten sollenden von dem, was bisher gelehrt worden, vielfach abweichenden Grundsätze aufzustellen, mehr noch davor bewahrt worden, diese Ansicht schon der Glosse und den Italienischen Juristen unterzulegen, wodurch die Arbeit durchgängig eine eigenthümliche Färbung erhalten hat.

In dieser Richtung eine umfassendere Untersuchung vorzunehmen, dazu fehlen der nachfolgenden Arbeit die nöthigen Hülfsquellen, wenigstens für jetzt; ist übrigens auch nicht eigentlicher Zweck derselben. Sie will vielmehr versuchen, darzustellen, von welchem Gesichtspunkte aus die Provocationen heut zu Tage zu betrachten und welche Grundsätze von diesem Standpunkte aus für dieselben aufzustellen sein möchten, und dabei hervorzuheben, ob und wie weit dieselben in den Schriften vaterländischer Practiker und in der neuern inländischen Praxis einen Anhalt finden. Aber auch schon für diesen Zweck ist, um nicht in den vorhin gerügten Fehler zu verfallen, ein geschichtlicher Rückblick unvermeidlich. Da ist es denn erfreulich, daß das von Martin und Muther und zwar je zu dem besonderen Zwecke beigebrachte Material so reichhaltig ist, daß darauf hin schon, wie mir scheint, eine selbstständige nicht immer mit der Muther'schen Auffassung übereinstimmende Ansicht über die Entstehung nicht allein der sogenannten Diffamationsklage, sondern der Provocationen im Allgemeinen und deren weitere Entwickelung gewonnen werden könnte, und die Darlegung dieser Ansicht soll nunmehr versucht werden.

§ 2.
Geschichtlicher Rückblick.

Man würde irren, wenn man annähme, durch eine falsche Interpretation der L. 5 C. de ingen. manum, 7, 14, und der L. 28 D. de fide juss., 46, 1, sei die Italienische Jurisprudenz im 13. Jahrhundert und früher zu der Meinung gekommen, als ob die beiden Provocationen schon dem Römischen Recht bekannt gewesen, oder durch solche Interpretation seien wenigstens unmittelbar dieselben hervorgerufen und zwar jede durch die entsprechende lex cit. Das ist nicht der Fall gewesen. Die abgegränzten Begriffe der provatio ex l. diff. und ex l. si contendat treten im Gegentheil erst in der Jurisprudenz nach den Glossatoren hervor, die technischen Bezeichnungen dafür zum Theil sogar erst noch später. Gleichwohl hat die unrichtige Interpretation jener Gesetze ihren großen Antheil an der Entstehung und Entwickelung der beiden Remedien,*) hauptsächlich die L. 5 C. cit., in zweiter Linie erst die L. 28 D. cit. Das Römische Recht hatte in der L. un. C. 3, 7, die Regel aufgestellt, ut nemo invitus agere cogatur. Zur Glossatorenzeit aber ward man durch concrete Fälle darauf aufmerksam, daß Jemand sehr wohl ein Interesse daran haben könne, daß jetzt gegen ihn geklagt werde, dann nämlich, wenn zu befürchten stand, daß ihm eine spätere Klage einen jetzt noch abwendbaren Nachtheil bereiten werde. Sah man sich im Römischen Recht um, ob hier sich nicht eine Bestimmung finde, aus welcher derartige Fälle entschieden werden könnten, so fand man nur die eine L. 5 C. cit. und darin eigentlich nur wenige Worte, welche man anwendbar hielt. Der in dieser lex enthaltene Fall handelt von der Bemängelung des status eines ingenuus durch einen Dritten, den Jener weder durch Klagen zum Hervortreten excipiendo, noch auch zum Stillschweigen hatte bewegen können. Der rector provinciae hatte nun durch eine Sentenz Sorge, daß der ingenuus „ne de cetero inquietudi-

*) In der L. 28 „Si contendat fidejussor, ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam etc., gab das Wort etiam der Glosse Anlaß zu der Bemerkung: „non solum poterit agi, ut fiat divisio, sed etiam exceptio ei danda. Martin, a. a. O., S. 260 und 283.

Digitized by Google

nem sustineret“ und die Kaiſer reſcribirten einmal, daß der Richter dieſe Sentenz merito dedisse, fügten aber noch hinzu, daß, wenn der Gegner dennoch verharre in eadem obstinatione „aditus praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet“. Ob die Gloſſatoren ſelbſt annahmen, daß die dieſer Entſcheidung zu Grunde liegenden Facta den concreten Fällen, für welche ſie eine Entſcheidung ſuchten, entſprächen, dürfte ſehr zu bezweifeln ſein. Nur in einem Punkte war Aehnlichkeit: der ingenuus hatte offenbar Widerwärtigkeit von dem Verhalten des Gegners zu erdulden. Dieſer Grund war auch dort vorhanden, mithin glaubte man ſich auf die L. 5 oder richtiger auf die darin enthaltene Entſcheidung berufen zu können. Es fragt ſich, welche Fälle denn den Gloſſatoren vorſchwebten. Vorzugsweiſe war es der eine ſog. Scholarenfall, den die Gloſſe zur L. un. C. 3, 7, als Ausnahme von der darin enthaltenen Regel erwähnt. *) Ein zur Abreiſe rüſtender Scholar vermuthet, daß ein Bürger an ihn Anſprüche mache; der Bürger klagt aber noch nicht, wo der Scholar noch Zeit hat, ſich zu vertheidigen. Dieſer fürchtet daher, daß der Bürger erſt im Moment der Abreiſe hervortreten und ihm Widerwärtigkeit bereiten wolle. Das wäre offenbar auf Seiten des Bürgers ein chikanöſes Verhalten, ähnlich wie der Gegner in L. diff. ſich chikanös beträgt. Wie hier, ſo ſoll auch in dem Scholarfall ſolcher möglichen Chikane vorgebeugt werden. Der darum angegangene Richter ſetzt dem Bürger eine Friſt, binnen welcher er klagen ſoll, postea eum non audiri. Der aus dem Stillſitzen des Bürgers für den Scholaren zu befürchtende Nachtheil ſoll für jenen einen Klagezwang rechtfertigen. Die Sentenz in L. 5 cit. war ja erſt erfolgt, nachdem der Präſes den Gegner verſchiedentlich aufgefordert, und die Gloſſe bemerkte dazu in irriger Auffaſſung: vel dic quod praeses statuerat certum tempus, intra quod inciperet agere, quod potest, denegando sibi postea jurisdictionem. Die Gloſſe gedenkt auch anderer Fälle, bei denen ſie, wieder freilich ganz irrig, Stellen des Römiſchen Rechts herbeizieht. In der L. 6 D. 33, 5, iſt davon die Rede, was vorzunehmen ſei, wenn der, dem die mancipiorum electio legirt worden, mit der Wahl zögere. Das kann dem Erben ſchaden; er kann nicht wohl verkaufen, es können einige mancipia ſterben. Der Legatar hat immer davon keinen Nachtheil, ſo lange nur noch mancipia am Leben ſind, kann er wählen. Sein Stillſitzen ſcheint daher ein wohl berechnetes zu ſein. Die Stelle ſelbſt giebt die einfache Aushülfe an die Hand, daß der Prätor eine Friſt zur Wahl ſetzt. Verſtreicht dieſe, ohne daß der Legatar wählt, ſo kann der Erbe z. B. ohne Nachtheil verkaufen, freilaſſen. Es verſteht ſich, daß der Legatar auch klagen könne, nur iſt davon in der Stelle nicht die Rede; und daß weiter eine Klageverzögerung dem Erben aus obigen Gründen nachtheilig ſein könne. Accurſius bemerkt aber zu der Stelle: nota quod ad tempus quis agere cogitur, sic in L. diff. Alſo im Allgemeinen ein befürchteter Nachtheil ſoll den Klagzwang begründen können. Aehnliche Aeußerungen der Gloſſe zu anderen Stellen. Specieller, wenn der Verluſt von Einreden befürchtet ward. In der L. 4 C. 5, 56, handelt es ſich um die Frage, wie der Vormund, der an den mündig gewordenen Pupillen etwas auszukehren hatte, ohne daß dieſer gerichtlich die Regulirung vernehmen will, ſich vor dem Zinſenlauf der ſpäteren Zeit ſchützen könne. Nachdem im Eingang der Stelle ausdrücklich bemerkt iſt, daß der Pupill nicht gezwungen werden könne, mit der act. tutelae aufzutreten, werden anderweitige Sicherungsmittel angegeben. Dennoch bemerkt die Gloſſe zu der Stelle unter andern Vorſchlägen, der Vormund könne beim Richter anhalten, ut statuat tempus pupillo, ultra quod non audiet eum agentem; ut in l. diff. Bei der L. 6 C. 8, 26, ſagt die Gloſſe, es ſcheine alſo, daß der creditor hyp. zum Klagen gezwungen werden könne, was gegen die L. un. C. 3, 7. Aber gezwungen werde er doch eigentlich nicht, ſondern si non agat, amittit jus suum et praetor postea denegat ei jus, sic etiam supra ad l. diff. Endlich die L. 28 D. 46, 1. Zur Sicherung der Einrede des Bürgen ſoll dieſer den Gläubiger zum Klagen veranlaſſen können.

*) Gloſſe: Solet quaeri, an Bononiensis possit cogi a scholare, ut agat contra scholarem, qui in brevi est recessurus? cum forte Bononiensis speret eum convenire, cum habet pedem in stipodio, et est argumento lex ista quod non possit. Magis tamen puto, judicem debere ei statuere tempus, intra quod agat, et postea eum non audiri. arg. l. diff. u. a. Stellen mehr.

Digitized by Google

Hält man diese verschiedenen Fälle zusammen, so ist vorerst das Eine Uebereinstimmende in allen, daß auf die L. 5 C. cit. immer zurückgegangen wird, diese lex also eigentlich diejenige ist, welche den Provocationen überhaupt in diesen ersten Stadien zu Grunde gelegt ward. In allen wird das Verhindern der Klageverzögerung ausdrücklich oder stillschweigend dadurch motivirt, daß dem Betreffenden eine Widerwärtigkeit erspart werden soll. In allen Fällen liegt freilich noch ein Moment mehr, das den Klagezwang motiviren mußte. In der L. 5 cit. hatte der Gegner den status des Betreffenden angegriffen, er war auf Anlaß des Letzteren zur Vertheidigung aufgefordert worden, hatte aber statt dessen nur seine Angriffe fortgesetzt, muthmaaßlich trotz der abgegebenen Sentenz. Ein solches Verfahren war ein ungerechtes, und die Kaiser rescribiren, der præses provinciæ werde solche injuria schon zu beschränken wissen. In diesem Fall lag also offen eine injuria des Gegners vor. Das läßt sich in keinem der obreferirten Fälle entdecken, wohl aber ein nahe daran Streifendes. Wer die Klage erheben kann und thut es nicht, obwohl er weiß oder wissen kann, daß sein passives Verhalten dem Gegner Nachtheil bereiten könne, der mag wohl auch aus einem nicht tadelnswerthen Grunde zögern; bestimmt läßt sich darüber freilich nicht immer urtheilen. Aber wird letzteres auch nicht durch bestimmte Umstände indicirt, so drängt doch sich ohne Weiteres die überdies in den zahlreicheren Fällen bestätigte Vermuthung auf, das Zögern sei ein zu Ungunsten des Beklagten beabsichtigtes. Wo immer sich solche Vermuthung schon aus allgemeinen Umständen entnehmen läßt, da soll der Kläger zur Klagerhebung angehalten werden können. Ein Mehreres, meine ich, darf den obigen Fällen, nicht einmal dem Scholarenfall, entnommen werden; die bei der Referirung des letzteren von der Glosse genommene Wendung: cum forte Bononiensis sperat eum convenire, cum habet pedem in stipodio — sprechen dafür. Eben dies, aber nicht mehr, spricht die summa in codicem zum Tit. C. 3, 7 bestimmt aus: si actor videatur calumniose velle vexare reum tali scilicet tempore, quo non esset reo opportunum respondere, ut D. de ing. L. diff. Ob die Umstände hierfür sprechen, darüber soll der Richter entscheiden, die causæ cognitio anstellen, selbstverständlich auch darüber, ob dem Imploranten die Klagzögerung beschwerlich fallen könne. Ob in Wirklichkeit der Gegner doloser Weise mit der Klaganstellung zögere, ein solcher Nachweis, der sehr schwer zu liefern scheinen möchte, wird nirgends verlangt, und daher auch der dolus, die malitia des Gegners keineswegs als bedingendes*) Moment für den aufzuerlegenden Klagezwang hingestellt, selbst nicht bei Azo († 1229) und Odofredus († 1265). In der Art, wie diese Beiden den Scholarenfall referiren, ist für die malitia des Bononiensis größere Wahrscheinlichkeit vorhanden, und Azo faßt das Verhalten des Letzteren als fraus und dolus auf, immer vorausgesetzt, daß derselbe die Absicht hatte, den Scholaren erst im Moment der Abreise mit gerichtlichen Maaßregeln zu verfolgen. Bei Beiden macht der Scholar in seinem Antrage den Richter auf die aus den Umständen anscheinend sich ergebende malitia des Gläubigers aufmerksam; auch Andere heben das calumniose (Henricus a Segusio in der Aurea Summa) das malitiose tardare oder die malitia (Joannes Faber, in tit. C. 3, 7) hervor bei Erwähnung des Scholarenfalles; doch setzt schon der Erstere hinzu ex tali causa, vel quacunque justa könne der angegangene Richter einen Termin zur Klagerhebung festsetzen. Daß aber diese Anordnung bedingt sei durch den Nachweis einer malitia, sagen sie nicht; die richterliche Beurtheilung muß die Wahrscheinlichkeit selber aus den vorgetragenen Umständen entnehmen. Joannes Faber umschreibt das causa cognita durch videlicet facta informatione de malitia; ebenderselbe macht darauf aufmerksam, daß die L. diff., wenn sie auch nur von einer quæstio status handle, von der Glosse und den Doctores doch bei jeder Klage anwendbar gehalten werde, also auch da, wo die Absicht bei der Klagverzögerung nicht so scharf hervortrat, wie in dem Scholarenfall. Manche der obangeführten Fälle, in denen der Verlust einer Einrede zu besorgen war, deuten eben so gut auf die aus den Umständen sich ergebende arglistige Klagezögerung, und Innocenz IV. in seinem Commentar zu den Decretalen (zu c. 5 X. 4, 17) sagt geradezu: maxime tunc scilicet, quando videt judex, actorem exspectare tempus, quo reus probationibus caret, eine Absicht, die nur den Umständen nach vermuthet werden kann; ja derselbe

*) So Muther, S. 58, der sich besonders auf die sogleich zu erwähnenden Aeußerungen des Odofredus und Azo stützt.

Digitized by Google

setzt unmittelbar darauf hinzu: vel alicujus famam, vel statum gravari, und sagt u. A. zu c. 16 X. 1, 31: Item quia eum diffamat asserendo in quibusdam juribus sibi debitorem. Auch da schimmert die Absicht des Gläubigers durch; aber die Worte fraus, dolus, malitia kommen kaum noch vor. Dies sind mit jenen gleichzeitige Aeußerungen; denn Innocenz IV. starb schon 1254.

(Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Die Schulvorsteher sind zur gerichtlichen Beitreibung von Schulbaukosten durch einen Auftrag des Visitatoriums genügend legitimirt. — Die Kirchenjuraten sind die verfassungsmäßigen Vertreter der Kirchengemeine und als solche die rechten Beklagten in ihren Processen. — Welche Zwangsmaaßregeln zur Beitreibung eines von einer Commüne zu leistenden Beitrags zu Baukosten zur Anwendung zu bringen sind.

In Sachen des Halbhufners Heitmann in Hohenfelde, des Hufners Heinrich Lübbers in Grande und des Hufners Timmermann in Großensee, als Juraten der Trittauer Kirchengemeinde, Imploraten, jetzt Supplicanten und Querulanten,

wider

die Schulvorsteher der Trittau-Hamfelder Schulcommüne, Walter, Hinsch und Pünjer in Trittau, Imploranten, jetzt Supplicaten und Querulaten,

in peto. praet. 217 ℛ 21 ß R.-M., als Beitrag zu einem Schulbau, jetzt wider das amtsgerichtliche Decret vom 26. August d. J.,

ergeben die Acten:

Nach dem § 9 des vom Ministerium für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg genehmigten Schulregulativs für die Trittau-Hamfelder Schule vom Jahre 1858 sind die Kosten für Bauten und Unterhaltung der Schulbaulichkeiten zu einem Drittheil von der Kirchengemeinde mit Ausschluß des Trittau-Hamfelder Schuldistricts abzuhalten. Nachdem nun in Trittau mit Ministerialgenehmigung ein Schulbau vorgenommen worden, hat das Kirchenvisitatorium den Juraten Heitmann, Lübbers und Timmermann, die gegen diesen Bau protestirt haben, auch das Schulregulativ von 1858 nicht wollen gelten lassen, unterm 11. 13. Juli d. J. aufgegeben, den von der gedachten Kirchengemeinde zu leistenden Beitrag zu den Baukosten in den auf den 25. Juli, den 1. September und acht Tage nach Neujahr nächsten Jahres festgesetzten Zahlungsterminen jedes Mal mit 217 ℛ 21 ß rechtzeitig einzuzahlen, wobei denselben angedroht worden, daß sie widrigenfalls für die Folgen ihrer Weigerung aus eigenen Mitteln zu haften und außerdem zu gewärtigen hätten, daß die verweigerten Beiträge auf gerichtlichem Wege von ihnen würden beigetrieben werden. Gegen diese Auflage sind die Juraten mit einer Remonstration bei dem Kirchenvisitatorium und mit einer Verwahrung bei dem Trittauer Gericht eingekommen. Letzteres hat aber auf Antrag der Schulvorsteher, welchen vom Kirchenvisitatorium die gerichtliche Beitreibung des ersten fälligen Beitrages war aufgetragen worden, den drei Trittauer Kirchenjuraten den Befehl beigelegt, den qu. Beitrag mit 217 ℛ 21 ß nebst 5 pCt. Verzugszinsen vom Fälligkeitstermine angerechnet innerhalb 14 Tagen bei Vermeidung der Pfändung an die Imploranten zu bezahlen, denselben auch die angerichteten Kosten mit ½ ℛ und die Kosten des Decrets mit 2 ℛ 24 ß, so wie auch die Kosten der Insinuation innerhalb gleicher Frist zu erstatten.

Gegen diesen Befehl sind die Imploraten mit Einwendungen eingekommen und zwar haben sie opponirt:

1) die Einrede der fehlenden Activlegitimation, weil die Schulvorsteher nicht legitimirt seien, die Schulcommüne in diesem Falle zu vertreten, wo es sich handle um eine Forderung, welche der Schulcommüne an die Kirchencommüne dadurch erwachsen sein solle, daß erstere angeblich für letztere eine Schuld vorschußweise berichtigt

Digitized by Google

habe und wo also eine actio negotiorum gest. contraria angestellt sei;

2) die Einrede der fehlenden Passivlegitimation, weil Imploraten als Kirchenjuraten die Kirchengemeinde processualisch zu vertreten nicht legitimirt seien und, wenn man dies auch statuiren wolle, sie doch nicht, wie in diesem Fall geschehen, persönlich würden in Anspruch genommen und mit Pfändung bedroht werden können;

3) die Einrede des unzulässigen nichtigen Verfahrens. Wenn ein einfaches Beitreibungsverfahren, wie das hier angewandte, auch den Schulvorstehern gegen die Schulinteressenten zur Beitreibung der gewöhnlichen Schulabgaben zu Gebote stehe, so stehe der Anwendbarkeit desselben in dieser Sache der Umstand entgegen, daß sie in eine ganz andere Kategorie falle. Hier handle es sich um eine Differenz zwischen der Schulcommüne und einer andern Commüne, in welcher Seitens der ersteren die Wiedererstattung einer angeblich von ihr für die Kirchengemeinde ausgelegten Schuld verlangt werde, zu welcher die letztere sich niemals bekannt, welche sie immer bestritten habe und auch jetzt noch bestreite. Könne diese Sache überall auf gerichtlichem Wege zum Austrag gebracht werden, so könne dies bei der gänzlichen Illiquidität der qu. Forderung nur auf dem ordentlichen Wege Rechtens geschehen. Nach Ansicht der Imploraten sei diese Sache jedoch auf administrativem Wege zu erledigen und werde demnach die Trittauer Kirchengemeinde gegen den Visitatorialerlaß vom 11./13. Juli, welcher auf einseitigen Antrag der Trittauer Schulvorsteher und ohne daß vorher eine ordnungsmäßige Verhandlung und Erörterung stattgehabt hätte und die Kirchengemeinde gehört worden wäre, sich beschwerend demnächst an das Königl. Ministerium wenden.

Das Trittauer Gericht gab hierauf unterm 26. August d. J. zum Bescheide, daß es bei dem Mandate vom 14. s. Mts. sein Bewenden zu behalten habe und gegen diesen Bescheid, so wie gegen ein ferneres den Suspensiveffect verweigerndes Decret haben die Imploraten das Rechtsmittel der Supplication eingewandt und auszuführen gesucht, daß das Verfahren als nichtig wiederum aufzuheben sei, wobei sie auf die Hauptsache eingegangen sind und die Gründe, weshalb sie sich weigern, für die Herbeischaffung des qu. Beitrages thätig zu werden, näher dargelegt haben.

Es steht demnach zur Frage: ob dem Antrage auf Cassation des stattgehabten Verfahrens und event. dem Antrage auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide so wie des Zahlungsbefehls stattzugeben sei.

In Erwägung nun, daß nicht eine nach den Grundsätzen der actio negotiorum gestorum zu beurtheilende Klage in Frage steht, sondern es sich einfach nur handelt um die Beitreibung eines von der Kirchengemeinde in Gemäßheit des § 9 des Schulregulativs zu leistenden von der beikommenden Reginalbehörde festgesetzten Beitrages zu den Kosten eines Schulbaues und es daher auch nicht zweifelhaft erscheinen kann, daß die Frage nach der Pflichtigkeit der Kirchengemeinde zur Zahlung des adquotirten Beitrags der richterlichen Cognition nicht unterliegt;

in Erwägung ferner, daß, da die Schulvorsteher den von der Kirchengemeinde zu entrichtenden Theil der Schulbaukosten mit Genehmigung und im Auftrag des Visitatoriums gerichtlich beitreiben, ihre Activlegitimation nicht mit Grund in Frage gestellt werden kann,

vgl. Schl. Holst. Anz., 1842, S. 148;

in Erwägung, die Einrede der fehlenden Passivlegitimation anlangend, daß die Kirchenjuraten die verfassungsmäßigen Vertreter der Kirchengemeinde sind,

vgl. Matthiae, Kirchenverfassung der Herzogthümer Schleswig und Holstein, S. 227,

und daß dieselben daher, wenn sie auch selbstfolglich sich der Kirchengemeinde gegenüber persönlich verantwortlich machen, sobald sie ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde sich unnöthig auf processualische Weiterungen einlassen und dadurch die Gemeinde in Schaden und Kosten versetzen, in Processen gegen die Kirchengemeinde als die rechten Beklagten anzusehen sind; daß aber, was namentlich die gegenwärtigen Imploraten anlangt, dieselben in ihrer Eigenschaft als Juraten die Vertreter der Specialkirchengemeinde sind, welche wegen des fraglichen Beitrages in Anspruch genommen wird;

Digitized by Google

in weiterer Erwägung, daß es um so weniger zweifelhaft erscheinen kann, daß den Imploraten nur in ihrer Eigenschaft als Vertreter der Gemeinde ein Zahlungsbefehl beigelegt worden, als die Imploranten bei Impetrirung desselben auf den Erlaß des Kirchenvisitatoriums und die darin enthaltene Androhung überall nicht Bezug genommen haben; hinfolglich auch der Einwand, den die Imploraten daraus herleiten, daß sie wegen Leistungen der Kirchengemeinde nicht persönlich in Anspruch genommen werden könnten, unzutreffend erscheint;

in Erwägung, das beobachtete Verfahren anlangend, daß, zumal da es in der Natur der Verhältnisse liegt, daß die Beitreibung des nach der Bestimmung des § 9 des vorerwähnten Regulativs von der Kirchengemeinde zu entrichtenden Beitrages zu Baukosten ein schleuniges Verfahren erforderlich macht, es unbedenklich erscheinen muß, hier dasselbe Verfahren eintreten zu lassen, welches im Allgemeinen bei der Beitreibung von Schulprästanda zur Anwendung kommt; wie es denn auch nicht zweifelhaft erscheinen kann, daß die beiläufige Bemerkung der Imploraten, daß sie sich gegen den Visitatorialerlaß vom 11./13. Juli d. J. demnächst beschwerend an das Königliche Ministerium wenden wollten, dem Gerichte keine genügende Veranlassung gegeben hat, das gerichtliche Verfahren einstweilen zu sistiren;

in Erwägung endlich, daß bei der Grundlosigkeit der vorgebrachten Einreden die Verweigerung des Suspensiveffectes sich nicht als ungerechtfertigt darstellt, und, was namentlich die auf Antrag der Imploranten erkannte Pfändung anlangt, sich die Imploraten allerdings mit Grund würden beschweren können, wenn die Pfändung wider sie persönlich erkannt wäre, da, wenn gleich die Androhung der Vollziehung der Pfändung in dem eigenen Vermögen der Vertreter einer Commüne zu den zulässigen Zwangsmaaßregeln mag gerechnet werden, um die renitirenden Vertreter einer Gemeinde zur Wahrnehmung des Erforderlichen behufs Aufbringung und Zahlung eines von der Gemeinde zu leistenden Beitrages zu Baukosten anzuhalten, doch eine gegen die Vertreter der pflichtigen Gemeinde persönlich gerichtete Erkennung der Pfändung gleichwie die Vollziehung derselben in dem eigenen Vermögen der Gemeindevertreter immer nur als geeignete Zwangsmaaßregel nach vorgängiger Androhung zur Anwendung kommen kann; daß aber im vorliegenden Fall kein ausreichender Grund für die Annahme vorliegt, daß die Pfändung wider die Imploraten persönlich und nicht vielmehr in ihrer Eigenschaft als die Kirchengemeinde vertretende Juraten erkannt worden ist und hinfolglich auch die Beschwerde über die erkannte Pfändung sich als unbegründet darstellt;

wird auf die sub præs. den 21. September d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte der Supplicanten und Querulanten und deren sub præs. den 10. October d. J. eingereichte Beschwerdeschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils und erstatteten resp. sub præs. den 12. October und den 14. November hieselbst eingegangenen Berichten,

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, Supplicanten und Querulanten auch schuldig erkannt, die resp. zu 8 ℔ und 4 ℔ R.-M. bestimmten Kosten der eingezogenen Gegenerklärung den Querulaten und Supplicaten innerhalb 4 Wochen zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 22. December 1862.

Die Juraten der Trittauer Kirchengemeine wandten sich gegen diesen Bescheid an das Oberappellationsgericht zu Kiel, von dem darauf nachstehende Entscheidung erfolgte.

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die am 22. März d. J. hieselbst eingegangene Vorstellung und Bitte der Hufner Heitmann in Hohenfelde, Lübbers in Grande und Timmermann in Großensee, als p. t. Juraten der Trittauer Kirchengemeinde, Imploraten, Querulanten,

wider

die Schulvorsteher der Trittau-Hamfelder Schulcommüne Walter, Hinsch und Pünjer in Trittau, Imploranten, Querulaten,

wegen versuchter Beitreibung eines Kirchenprästandum von 217 ℔ 21 ß R.-M., daher Nichtigkeitsbeschwerde, richtiger einfache Beschwerde, jetzt gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 22. December v. J.,

Digitized by Google

wird, bei abschriftlicher Mittheilung eines am heutigen Tage erlassenen Rescripts an das Holsteinische Obergericht, betreffend die Ausschließung der von den Querulaten geforderten Verzugszinsen von dem durch das Trittauer Amtsgericht mittelst Befehls vom 14. August v. J. eingeleiteten Beitreibungsverfahren, und mit Beziehung auf die dem angefochtenen Bescheide vorangestellten Entscheidungsgründe, sowie

in Erwägung, daß darauf, ob die Baukosten, zu deren Berichtigung der den Querulanten zur Pflicht gemachte Beitrag dienen sollte, bereits vorschußweise bezahlt sind, nichts ankommen kann, da das durch die Schulvorsteher im Auftrage der Kirchenvisitatoren beantragte Beitreibungsverfahren doch immer nur bestimmt bleibt, die Gelebung einer von der competenten Behörde den Querulanten gemachten Auflage zur Zahlung eines Beitrages zu den Schulbaukosten zu erwirken, und

in Erwägung, daß einer Auffassung des amtsgerichtlichen Befehls vom 14. August v. J., als wenn die darin angedrohte Pfändung gegen das Privatvermögen der querulirenden Kirchenjuraten zu richten sei, durch das Obergericht hinreichend vorgebeugt ist, andererseits aber die Möglichkeit, daß die von den Querulanten vertretene Commüne kein Vermögen besitzen mag, in welchem die angedrohte Pfändung vollzogen werden kann, an sich noch keinen Grund enthält, die verfügte Pfändung für rechtswidrig zu erachten;

unter Verweisung auf den Inhalt des obgedachten Rescripts im Uebrigen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kosten werden für den Anwalt auf 19 ℛ 79 ß, für den Procurator auf 3 ℛ 77 ß bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 25. November 1863.

Das in diesem Bescheid erwähnte an das Holsteinische Obergericht erlassene Rescript lautet folgendermaaßen:

Namens Sr. Königl. Majestät.

In Veranlassung der Vorstellung und Bitte der Hufner Heitmann in Hohenfelde, Lübbers in Grande und Timmermann in Großensee, als p. t. Juraten der Trittau-Hamfelder Schulcommüne, Walter, Hinsch und Pünjer in Trittau, Imploranten, Querulaten,

wegen verfuchter Beitreibung eines Kirchenprästandum von 217 ℛ 21 ß R.-M., daher Nichtigkeitsbeschwerde, richtiger einfache Beschwerde, jetzt gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 22. December 1862,

wird,

in Erwägung, daß der Auftrag der Kirchenvisitatoren der Probstei Stormarn an die Querulaten nur darauf gerichtet ist, den fraglichen Beitrag selbst von den Querulanten beizutreiben, es also den Querulaten an der erforderlichen Legitimation gefehlt hat, um darüber hinaus ein Mandat zur Zahlung von Verzugszinsen in dem für die Beitreibung von Communalabgaben üblichen summarischen Verfahren zu erwirken,

hiemit dem Holsteinischen Obergericht mit Beziehung auf dessen Bericht vom 20. August d. J., dessen Anlagen Nr. 2 hieneben zurückfolgen, so wie bei abschriftlicher Mittheilung eines unterm heutigen Datum in dieser Sache hier abgegebenen Bescheides, aufgegeben, zu verfügen:

daß die durch die Querulaten geforderten Verzugszinsen von dem durch das Trittauer Amtsgericht mittelst Bescheides vom 14. August v. J. eingeleiteten Beitreibungsverfahren auszuschließen sind.

Königiches Oberappellationsgericht zu Kiel, den 25. November 1863.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

2. Stück. — Den 11. Januar 1864.

Ueber

provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Fortsetzung.)

Dieselbe Absicht des Gläubigers läßt sich annehmen, wenn er sich Ansprüche berühmt, d. h. klagen zu können behauptet, aber doch nicht zur Klage schreitet, während er doch wissen kann, daß die spätere Klage dem Debitor viel lästiger sein muß. Denn daß man das Berühmen damals weniger beachtet habe, widerlegt sich durch die schon angeführten Worte des Innocens IV.: vel alicujus famam, vel statum gravari, wie es denn auch gar zu auffallend wäre, wenn die Glossatoren bei Anwendung des c. 5 C. die Worte diffamari und si — perseveret in eadem obstinatione — nicht beachtenswerth gefunden hätten. Und wenn auch in dem Scholarenfall, wie ihn die Glosse referirt, ein Berühmen nicht ausdrücklich hervortritt: subintelligirt werden muß es doch, da so lange der Gläubiger nichts von seiner Forderung hat verlauten lassen, ja aller Anlaß zu der Annahme fehlt, der Scholar werde im Moment der Abreise belästigt werden.*) Odofredus, ob bloß erfindend, oder auf den factischen Vorgang sich stützend, ist gleichgültig, hebt denn auch geradezu hervor: der Gläubiger sage zur Magd des Scholaren: diesen wolle er schon fassen; quando habebit pedem in stipodio, faciam sequestrari omnia bona sua tanquam mihi obligata. Eine fraus, ein dolus nach sonstigen civilrechtlichen Begriffen wird auch hier nicht behauptet. Der Gläubiger behauptet einen Anspruch; der Scholar befriedigt solchen nicht, wie Jener zu erwarten berechtigt war, weil eben nach seiner Ansicht der Anspruch begründet ist. Diese Saumseligkeit, vielleicht ein Mehreres, will er derbe hintertreiben. Vom Standpunkt des Scholaren läßt sich die Sache freilich anders an; der weiß nicht, daß er verpflichtet ist; für ihn wäre das beabsichtigte Verfahren lästig und, weil der Gläubiger ohne solche Belästigung verfahren kann, ist es auch ein unbilliges. Um den Scholaren vor solchem Nachtheil zu bewahren, giebt es, wenn man nicht zugleich dem Gläubiger zu nahe treten will, nur ein Mittel: man veranlaßt die sofortige Klage, wobei der Gläubiger, bei vorausgesetzter Richtigkeit seines Anspruchs, keinen Nachtheil hat, sondern lediglich in seiner möglichen Chikane behindert wird. Dieselbe Anschauung liegt bei Durantis († 1296) zu Grunde. Im L. III c. 3 N. 24 in seinem specul. gedenkt er des Falles, daß, während Jemand im Begriff steht, eine Sache zu verkaufen, ein Anderer hinzutritt und, unter der Behauptung, die Sache sei sein, den Verkauf unterlassen heißt. Der Andere klagt aber nicht auf Herausgabe der Sache. Dieses Verhalten ist begreiflich für den verkaufen Wollenden lästig, das muß auch der Andere sich sagen

*) Außer Muther meint auch Baier, summ. Proc., § 53 Note 3, daß in dem Scholarenfall „nicht einmal eine Diffamation vorkam."

Digitized by Google

können. Dieser gewußten Unbilligkeit muß durch Veranlassung zur Klage abgeholfen werden. Der weiter von Durantis hervorgehobene Gegensatz macht diese Anschauung noch klarer. Hat das unbillige Verhalten des Anderen dem Verkäufer positive Nachtheile schon zu Wege gebracht, so kann auch von Letzterem mit der a. doli oder a. d. in factum geklagt werden.

Man kann nach dieser Erörterung die Ansicht damaliger Zeit über die durch die L. 5 C. angeregte Aufforderung zur Klage oder, muß man richtiger sagen, imploratio judicis, ut statuat tempus intra quod etc., als dahin gehend bezeichnen, daß sie statthabe, wenn eine Klage bewußter Weise zu Ungunsten des Beklagten, mithin unbilliger Weise verzögert werde, mag dabei nun der Verlust von Einreden oder sonstige Nachtheile zu befürchten stehen.*) Entschieden unrichtig ist es dagegen, daß man nach damaliger Ansicht einen dolus habe bestrafen wollen, was sich nirgends ausgesprochen findet. „Den übeln Wirkungen eines unbilligen Verhaltens vorbeugen," ist keine Strafe. Grade von dieser irrigen Auffassung her hat die von Muther versuchte Begründung der später eigenthümlicher ausgebildeten sog. Diffamationsklage als Delictsklage, sogar eine Art historischer Basis zu gewinnen gesucht.

*) cf. auch Martin a. a. O., S. 264, der, wie mir scheint, nur nicht bestimmt genug das Moment des in der Klagezögerung liegenden Unbilligen hervorhebt, während er dagegen S. 341 allerdings den Glossatoren die Ansicht beilegt, daß sie bei der prov. ex l. diff. die Diffamation als ein unerlaubtes Factum, aus dem die oblig. ad agendum entspringe, betrachtet hätten. Dies würde der Muther'schen Ansicht nahe kommen, obwohl doch grade dieser und zwar mehr als zulässig scheint, betont, daß der Begriff des diffamare erst in der nachglossatorischen Zeit sich gebildet habe, zur Glossatorenzeit aber nur der dolo, malitia, fraude beabsichtigte Nachtheil das entscheidende Moment sei. Muther a. a. O., S. 61. Man wird daran festhalten müssen, daß jene Zeit nur noch, wenn man es so nennen will, ein remedium kennt, die imploratio judicis, die auf die im Text angegebene Weise begründet wird. Von zwei Provocationsarten ist noch nicht die Rede.

§ 3.

Fortsetzung.

Nach dem Bemerkten war die Grundlage der Aufforderung zur Klage eine so allgemeine, daß darauf hin wohl Vielerlei gebaut werden konnte. In welchem Umfange das geschehen, soll nun mit wenigen Worten gezeigt werden. Als bemerkenswerth ist zunächst hervorzuheben, daß man die Verschiedenheit der Fälle, welche unter die L. diff., und der, welche unter die L. si contendat zu subsumiren wären, allgemach mehr oder weniger klar herausfühlte. Die gemeinschaftliche Grundlage bewirkt zwar später noch ein Uebergreifen von der einen in die andere Provocation, wie ein demnächst anzuführendes Beispiel zeigen wird; allein die beiden Provocationen treten als von einander gesondert durch gewisse nicht mehr zu verkennende Unterschiede, wozu einzelne Ausdrücke der genannten Gesetzesstellen insbesondere der L. diff. hauptsächlich beitrugen, immer mehr hervor. Es ist daher zweckmäßig, jede Art der Provocationen nunmehr für sich zu besprechen und zwar zuerst die prov. ex l. si cont.,

Martin, a. a. O.,

hat in Bezug auf diese Provocation nicht nur die verschiedenen Ansichten über deren Anwendbarkeit hervorgehoben, sondern auch mit Sorgfalt die Anhänger jeder Ansicht bis auf seine Zeit herab aufgezählt und man kann ihm daher ohne Bedenken folgen. Schon nach den Aeußerungen der Glosse kommt es, so scheint man annehmen zu müssen, für die Anwendbarkeit dieses remedium nur darauf an, daß Jemand von der Klageverzögerung irgend einen Nachtheil befürchtet hinsichtlich seiner Vertheidigung. Bis in unser Jahrhundert hinein haben Rechtslehrer hieran festgehalten; und wie sehr man hier ausdehnte, zeigt z. B. Claproth, der in seiner Einleitung in die summ. Proc., § 285, für den Provocanten nur das Erforderniß aufstellt, daß „eine gegründete Besorgniß, seinen Stand jetzo oder in der Folge zu verschlimmern, wenn man die Sache länger ruhen ließe", *) zu welcher Regel denn als Illustration das Beispiel vom

*) Wo möglich noch weiter geht Gönner, Hdbch. IV, S. 78, gegen den vorzüglich Breidenbach, seine Abhandlung im Archiv f. c. Pr. III, S. 325 — 345.

Digitized by Google

guten Hausvater aufgeführt wird, dem daran liegen müsse, einen Proceß noch selbst durchzuführen, der seinem Erben größere Weitläuftigkeiten bereiten könne, ohne daß irgend welche Einrede in Gefahr stehe, verloren zu gehen. Handelt es sich um eine Einrede, so soll diese zwar die Hauptsache angehen, ob sie aber verzögerlich oder zerstörlich, ist gleichgültig. Dieser Ansicht nahe steht diejenige, welche schon Innocens IV. († 1254) aufstellt, daß nämlich die prov. ex l. si cont. nicht nur wegen des drohenden Verlustes von Einreden, sondern auch von Beweismitteln zulässig (quando videt judex, actorem exspectare tempus agendi, quo reus probationibus careat) *). Die gebührenden Schranken wies dieser Provocation erst Baldus de Ubaldis († 1400) an, indem er solche nur zuließ bei Einreden super quibus, si non permitteretur agere, facto creditoris possunt deperire, worunter nur die die merita causae betreffenden Einreden zu verstehen sind. Diese Ansicht ist durch alle Jahrhunderte hindurch bis auf die Gegenwart als die communis opinio anzusehen. Ob Baldus nun auch schon gegen eine nach anderer Richtung ausdehnende Ansicht von dieser imploratio officii judicis (denn dieser generelle Name wird noch immer beibehalten) angehen wollte, scheint mir nicht ausgemacht. **) Es taucht nämlich bei Bartolus de Saxoferrato († 1359) der Versuch auf, den Provocanten, so zu sagen, sogleich definitiv günstiger zu stellen. Im Commentar zur L. 15, 28 D. 39, 2 fragt er: an (reus) possit implorare officium judicis, ut pronunciet, ipsum exceptionem habere vel liberatum esse, und antwortet unter Berufung auf die lex si cont.: „dico quod sic", und ferner: cognita suae exceptionis veritate prohibeat judex actorem de cetero reum inquietari. Hierin liegt unzweifelhaft schon, was Andere später noch ausführlicher behaupteten, nämlich daß in Folge der imploratio judicis die Hauptsache selber gleich hereingezogen werden könne; also daß nicht etwa der Richter blos dem zukünftigen Kläger den Gebrauch der ihm durch seine Klageverzögerung gegen die Einrede erwachsenden Replik abschneide, sondern sofort die Verhandlung über die Einrede dergestalt zuließ, daß der Provocant letztere erweisen durfte, worauf denn die dem zukünftigen Kläger auferlegte impositio silentii oder das Untersagen de cetero inquietari als eine natürliche Folge gleichsam sich herausstellte. *) Endlich ist noch eine viel später erfundene Abart der prov. ad ag. ex l. si cont. im Vorbeigehen zu erwähnen, nämlich die contra tertium, wobei man sich auf Stellen des Römischen Rechts **) berief, in denen allerdings ein solcher (jedoch in Folge der zulässigen cessio actionum auch indirecter) Klagezwang erwähnt wird, jedoch immer nur in Fällen, in denen schon im Vorwege in Folge obligatorischer Verhältnisse eine obligatio ad agendum vorhanden, was aber, wie schon Martin a. a. O., S. 430, treffend hervorhebt, in dem vorzugsweise benutzten Fall des Verhältnisses des Gläubigers zum Bürgen und andern ähnlichen, nicht statt hat, abgesehen davon, daß L. 62 D. 46, 1 grade das Gegentheil vorschreibt.

Wir wenden uns nun zu dem andern Wege der Entwicklung der imploratio judicis, zu dem, welcher zu dem Rechtsmittel ex l. diff. führte. Es ist hervorgehoben, daß in dem Scholarenfall, wenn auch die von dem Bononiensis befürchtete Chikane eigentlich den Ausschlag gab, doch das durchleuchtende Kundgeben, einen Anspruch zu haben, schon die Veranlassung mit ist, das officium judicis in Bewegung zu setzen. Allein es konnte nicht fehlen, daß, zumal grade die L. 5 C. darauf hinwies, dies Kundgeben bald die bei Weitem wichtigere Rolle spielte; dagegen das andere Moment in die mildere Auffassung einer Unbilligkeit übergeht, welche immer in dem Behaupten, klagen zu können, neben dem doch nicht klagen Wollen liegt. Vorzugsweise tritt daher das diffamare hervor und besonders in Fällen, wo, wieder nach der L. 5 C.,

*) Martin, a. a. O., S. 272, führt auch Linde in den ersten Ausgaben seines Lehrbuches als Anhänger dieser Ansicht auf. Später hat Linde jedenfalls seine Meinung eingeschränkt.

**) Muther, S. 78, hat diese Behauptung durch Citate nicht bewiesen; man könnte daher nur aus dem allgemeinen Bestreben des Baldus, engere Schranken für die schon ziemlich schrankenlose imploratio off. jud. zu ziehen, schließen.

*) Dies die sog. provocatio ad replicandum.

**) Z. B. L. 13, 30 D. 10, 1; L. 60, 5 D. 19, 2; L. 2, 28 D. 43, 8.

Digitized by Google

der status angegriffen ward, oder wenn der Gegner wegen eines ſtattgehabten Verbrechens accuſirt hatte, oder er einen Beſitz erſtrebte. Das ſind nach Bartolus ganz beſonders geeignete Fälle, in denen die imploratio ſtatt haben darf, weil in Allem ein infamare liegt. Nach andern Aeußerungen des Bartolus, in denen er allgemein ſpricht, ſcheint es kaum zweifelhaft, daß er auch wegen Berühmung mit perſönlichen Anſprüchen die imploratio zuläßt. Ob aber dieſe imploratio nur ein Nothbehelf ſein ſolle oder ob ſie auch zuläſſig, ungeachtet dem Imploranten (Provocanten) eine anderweitige Klage zu Gebote ſteht, darnach wird bisher nicht gefragt. Hierauf aber kommt offenbar Baldus und hier hat er eine Beſchränkung des Rechtsmittels gelehrt, während die Behauptung Muther's, S. 67 ff., Baldus habe die Provocation bei Berühmungen mit perſönlichen Anſprüchen nicht zugelaſſen, ſchwerlich ſich rechtfertigen läßt. Für Jenes ſpricht, daß er die Provocation bei Accuſationen nur geſtattet, wenn dieſe förmlich ſchon vor Gericht eingeleitet oder doch coram judice verlautbart ſind, nicht aber bei desfälligen außergerichtlichen Berühmungen. Denn hier hatte der Infamirte eine ſelbſtſtändige Klage, die a. injuriarum, zur Seite, worauf Baldus ausdrücklich verweiſt. Ferner kann der wegen ſeines status Angegriffene ipse petere et implorare officium judicis, warum? loco defensionis et loco deficientis actionis, alſo weil er ſonſt keine Klage hat. Andererſeits ſagt Baldus: Silentium nunquam imponitur silenti, sed vexanti: hinc est, quod si habeo debitorem et nihil ei dico, non potest petere, ut mihi silentium imponatur, nec potest petere, quod mihi terminus assignetur ad probandum vel ad agendum.*) Was geſchehen ſoll, wenn eine ſolche Berühmung ſtatt hat, ſagt er freilich nicht, ſondern fährt gleich fort: sed si infamo delatorem si quidem de statu etc. Allein es ſcheint Baldus als ſelbſtverſtändlich vorauszuſetzen, daß dann eine imploratio zuläſſig. Das Rechtsmittel hat demnach auch in dieſer Beziehung bei Baldus keine Einſchränkung erfahren, ſo wenig wie ſpäter. Wichtig ſind die Aeußerungen des Baldus in l. diff. Nr. 6 und 9:

„Solum nemo invitus compellitur agere, nisi se adstrinxerit ad agendum expresse vel tacite. Sed ille, qui diffamat, adstrigit se tacite ad agendum, quia diffamare est ad judicium provocare.“

„Sed respondeo, quod diffamare est ad judicium provocare: et ideo reus jam est provocatus ad causam —.“

wichtig deshalb, weil ſie zu einer weiteren irrigen Ausdehnung des remedium beigetragen haben, indem, was Baldus nur als eine mögliche Anſchauung der Sachlage gab, von Andern wörtlich verſtanden wurde, nämlich, daß der Provocat ſchon gleichſam den erſten Schritt zum Proceſſe ſelbſt gethan habe, mithin der reus (Provocant) ſchon gleich in der imploratio beantragen könne, zu erkennen, se non teneri ad summam vel ad rem, vigore cujus diffamatur.*) So ward denn, zugleich in Hinblick auf daſſelbe Verfahren bei der imploratio ex l. si cont., die Hauptſache wieder in das Provocationsverfahren hereingezogen und weiter deducirt, daß das forum diffamationis, wenn auch nicht immer, doch unter Umſtänden Prävention für die Hauptklage bewirken könne. Es wird denn auch die imploratio judicis zu einer „ad aliarum quodammodo actionum et condictionum similitudinem“ zu behandelnden condictio ex l. diff. (Bartol. Blarer † 1570). Daher denn auch der Uebergang zur provocatio ad probandum,**) wo die diffamatio im Vorrücken von ehrenrührigen Worten und Thaten beſtand, gar nicht ſchwer war. In dieſer Geſtaltung wird die provocatio in Deutſchland aufgenommen und beibehalten, nur daß ſchon längſt wieder nach Analogie der L. 5 C. das diffamare ſowohl errore als malignitate ſtatthaben kann, wenn man auch nicht davon abgelaſſen hat, mit dem Begriff diffamare den Nebenbegriff des „Ausſtreuen“, alſo das in ungünſtiger Abſicht Verbreiten damit zu verbinden, und andererſeits verlangt hat, daß dadurch dem Provocanten eine vis

*) Dieſe Citate ſind aus der Margarita ad Innocentium, s. v. silentium und bei Muther a. a. O., S. 71, abgedruckt. Damit ſind des Baldus gleich folgende allgemein lautenden Aeußerungen zu verſtehen, die Muther freilich nur als beſchränkt gemeint auffaßt.

*) Mar. Socinus (d. Aelt., um 1460), Cons. Vol. I cons. 41. Bei Muther abgedr. S. 79 ff.

**) S. darüber weiter unten.

Digitized by Google

oder molestia angeurſacht werde, alſo ſcheinbar eine Einſchränkung, die doch offenbar nur zur weiteren Ausdehnung führte, wie denn Leyſer med. ad Pand. II, Sp. 81, ſagt: Omnis ergo inquietatio (nämlich durch Berühmung) diffamatio est. Andere Juriſten hielten ſtrenger auf das Requiſit eines angeurſachten oder drohenden Nachtheils (ſ. bei Muther, S. 84 bis 94). Die K. G. O., 1555, II, 25, läßt die Provocation ex l. diff. zu, wenn die Diffamation „gefährlicher betrüglicher Weiß, oder in andere Weg, dem andern Theil zu Nachtheil und Beſchwerung beſchehen u. ſ. w." Hiernach iſt die Abſicht, dem Andern durch die Diffamation Schaden zufügen zu wollen, kein nothwendiges Erforderniß der Provocation mehr, wohl aber muß die Diffamation eine ſolche ſein, daß ſie dem Diffamaten Nachtheil bringe oder bringen könne, und das Wort Nachtheil nicht in der Bedeutung des poſitiven pecuniairen Verluſtes genommen, ſondern zugleich als Beſchwerung, was nur in Bezug auf den guten Ruf, den Credit u. ſ. w. möchte verſtanden werden dürfen. *)

(Die Fortſetzung folgt.)

Entſcheidungen.

Die von der Dienſtherrſchaft vorgenommene Durchſuchung der Sachen ihres Dienſtboten als Injurie. — Form der Bekanntmachung der in Injurienſachen abgegebenen Erkenntniſſe.

In Sachen des Hofbeſitzers P. J. Jacobien uxor. noie. im Kronprinzenkoog, Beklagten und Supplicanten,

wider

den Einwohner Claus Voß in Dieckhuſen, tut. noie. ſeiner Tochter Catharina Voß daſelbſt, Klägers und Supplicaten,

in peto. injur., jetzt Supplication gegen den Beſcheid des Oberinſpectorats der vereinigten Süderdithmarſcher Koege vom 25. Auguſt d. J., ergeben die Acten:

Der Kläger hat in väterlicher Vormundſchaft ſeiner Tochter Catharina Voß in Dieckhuſen bei dem Oberinſpectorat der vereinigten Süderdithmarſcher Koege eine Injurienklage gegen die Beklagte erhoben, zu deren Begründung er in dem am 25. Auguſt d. J. ſtattgehabten Termine angeführt hat: die Beklagte habe vor ungefähr 3 Wochen ſeiner 18jährigen mit ihm erſchienenen Tochter, die bei ihr gedient, vorgeworfen, daß ſie ihr Baumwollenzeug und Butter weggenommen habe, auch derſelben ein ihr eigenthümlich gehöriges nach Angabe der Beklagten geſtohlenes Stück Baumwollenzeug aus dem Koffer genommen. Es iſt gebeten, die Beklagte zur Leiſtung von Abbitte und Ehrenerklärung, auch einer Privatſatisfaction von 1 ℛ 6 ß an ſeine Tochter, ſo wie zur Erſtattung der Proceßkoſten zu verurtheilen.

Die c. c. m. Beklagte hat eingeräumt, einmal den Koffer der Klägerin ohne deren Einwilligung aufgeſchloſſen zu haben. Bei dieſer Reviſion habe ſie ein Stück Butter und zwei Stücke Baumwollenzeug gefunden, welche letzteren von ihr im Termine producirt worden ſind. Dieſes Baumwollenzeug habe ſie ganz beſtimmt als das ihrige erkannt, wie ſie denn auch zwei aus dem gleichen Stoff beſtehende Oberbemder ihres Schwiegervaters producire. Der klägeriſchen Tochter habe ſie nun vorgehalten, daß ſie Butter und ihr gehöriges Baumwollenzeug in ihrem Koffer gefunden, aber nicht geſagt, daß die Tochter des Klägers dies geſtohlen habe.

Replicando iſt die Tochter des Klägers dabei geblieben, daß die Beklagte ihr direct vorgeworfen habe, ihr die gedachten Sachen genommen zu haben. Wie die Butter in ihren Koffer gekommen, wiſſe ſie überall nicht; die beiden Stücke Baumwollenzeug aber erkläre ſie für ihr Eigenthum; ſie habe dieſelben von ihrer Mutter erhalten, wofür ſie freilich keine andere Zeugen als ihre Mutter und Geſchwiſter habe.

Von dem Oberinſpectorat iſt hierauf ſofort im Termine erkannt worden:

daß die Beklagte ſchuldig ſei, der klägeriſchen Tochter wegen der injuriöſen Behauptung, in

*) S. auch Muther, S. 99.

Digitized by Google

deren Koffer ihr gehöriges Baumwollenzeug gefunden zu haben, Abbitte und Ehrenerklärung zu leisten, ihr auch binnen 14 Tagen eine Privatsatisfaction von 1 ℛ 6 ß zu bezahlen und gleichzeitig die auf 4 ℛ 18 ß bestimmten Proceßkosten zu erstatten.

Hiergegen hat der Ehemann der Beklagten das Rechtsmittel der Supplication rechtzeitig eingewandt und bei Prosequirung desselben sich darüber beschwert:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr der Supplicat in qual. qua mit seiner Klage, ref. exp., abgewiesen;
2) daß die Ehefrau des Supplicanten mit der exc. veritatis nicht gehört worden.

In seiner hierüber eingezogenen Gegenerklärung hat der Supplicat in qual. qua die Adhäsionsbeschwerden aufgestellt:

1) daß, wie geschehen, erkannt und der Supplicantin nicht in dem Bescheide qu. mit einer Rüge für das heimliche und eigenmächtige Aufbrechen des Koffers aufgegeben ist, der Tochter des Supplicaten unverzüglich das Baumwollenzeug zurückzugeben, welches sie ihr bei nächtlicher Weile weggenommen habe; und
2) daß, wie geschehen, erkannt und das Erkenntniß qu. vom judic. a quo nicht schriftlich abgegeben worden sei.

Es steht daher nunmehr zur Frage, ob und in wie weit die beiderseits erhobenen Beschwerden für begründet zu erachten sind.

In Erwägung nun, daß eine Dienstherrschaft nicht befugt ist, ohne Einwilligung eines Dienstboten dessen Koffer zu öffnen und darin befindliche Sachen herauszunehmen, ein solches Verfahren der Dienstherrschaft vielmehr, insofern dadurch dem Dienstboten gegenüber der Verdacht einer von ihm verübten Entwendung ausgesprochen ist, eine Injurie involvirt; daß aber die Tochter des Klägers sich durch das von der Beklagten vorgenommene eigenmächtige Aufschließen und Durchsuchen ihres Koffers nicht beleidigt gefühlt, vielmehr ihre Klage nur auf den später ihr gemachten Vorwurf einer verübten Entwendung der in der Klage erwähnten Sachen gestützt hat; und

in Erwägung, daß die Beklagte nicht eingeräumt hat, diesen Vorwurf der Tochter des Klägers gemacht zu haben, sondern nur die Aeußerung zugegeben hat, daß sie die fraglichen nach ihrer Meinung ihr gehörigen Sachen in dem Koffer derselben gefunden hätte, die Beklagte aber zu einem Vorhalt dieser Thatsache zum Behuf einer zu erlangenden Aufklärung über dieselbe der in ihrem Dienst befindlichen klägerischen Tochter gegenüber, welche noch dazu über die in ihrem Koffer befindlich gewesene Butter keine Auskunft zu geben vermocht hat, als vollkommen berechtigt erscheinen mußte, daher die erste Beschwerde des Supplicanten als begründet sich darstellt;

in Erwägung sodann, was die von dem Supplicaten erhobenen Adhäsionsbeschwerden betrifft, daß

1) der Umstand, daß eine officielle Rüge des Verfahrens der Ehefrau des Supplicanten nicht ausgesprochen worden, dem Supplicaten keinen Anlaß zu einer Beschwerde zu geben vermag und auf Zurücklieferung des fraglichen Baumwollenzeugs in Ermangelung eines desfälligen in der Unterinstanz gestellten Antrags nicht hat erkannt werden können; und daß
2) die Publication des sofort im Termin abgegebenen Erkenntnisses im Injurienverfahren als die richtige Form zu betrachten ist und den Ansprüchen der Parteien Genüge geschieht, wenn sie in einem Protocollextract auch die schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses sich verschaffen können;

daher die erhobenen beiden Adhäsionsbeschwerden zu verwerfen sind;

wird dem uxor. noie. Supplicanten auf seine sub præs. den 4. September d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiemittelst von Obergerichtswegen unter Beseitigung des angefochtenen Erkenntnisses und Vergleichung der Kosten dieser Instanz zum Bescheide ertheilt:

daß der Kläger in qual. qua mit der erhobenen Klage abzuweisen, wie auch schuldig sei, der Ehefrau des Beklagten die ihr in der Unterinstanz angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, sobald er dazu des Vermögens, zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 3. November 1863.

Digitized by Google

Unter welchen Voraussetzungen die Dienstherrschaft für den von ihrem Gesinde angerichteten Schaden hafte.

In Sachen des Schuhmachers Anton Friedr. Junge in Uetersen, Klägers, jetzt Supplicanten,

wider

den Brenner und Brauer Johann Heydorn daselbst, Beklagten, jetzt Supplicaten,

in pcto. schuldiger Vergütung für die Beschädigung des klägerischen Kindes s. w. d. a., jetzt Supplication wider das Erkenntniß der klösterlichen Obrigkeit vom 9. October d. J.,

ergeben die Acten:

Der Kläger hat seine vor der klösterlichen Obrigkeit zu Uetersen gegen den Beklagten erhobene Klage auf die Behauptungen gegründet, daß, als am 22. Juni d. J. seine 2½jährige Tochter an der Seite der Straße dem klägerischen Hause gegenüber zu Süden neben dem Steindamm, wo die Kinder zu spielen pflegten und wo keine Wagenfahrt gehe, im Sande gespielt habe, der Knecht des Beklagten um 10½ Uhr Vormittags mit einem mit zwei Pferden bespannten mit Dünger beladenen Wagen neben dem Steindamm an der Seite, wo das klägerische Kind gespielt habe, im Sande angefahren gekommen und mit seinem beladenen Wagen, obwohl langsam fahrend, über das spielende Kind hinweggefahren sei, er hat bemerkt, daß nur die größte Unachtsamkeit des Knechts des Beklagten den Unfall erklären lasse, welchen der Beklagte als der Herr des Fuhrwerks, welches den Schaden angerichtet, und als der Herr des nachlässigen Knechtes zu ersetzen gehalten sei, und als Vergütung für die erlittene Verletzung des Kindes und Schmerzensgeld, als Vergütung für eine vierzehntägige Wartung und Pflege des Kindes, so wie für ärztliches Honorar und Apothekerkosten die Zuerkennung der Summe von 69 ℔ 88 ß R.-M. wie auch der Erstattung der Proceßkosten beantragt.

Der Beklagte hat dieser Klage gegenüber zunächst die exceptio omnino non fundatæ actionis vorgeschützt und zu dem Ende bemerkt: der Kläger nehme ihn lediglich deshalb für den in der Klage angegebenen Schaden in Anspruch, weil er der Herr des bezüglichen Fuhrwerks, so wie des Knechts, der den Schaden durch seine Schuld bewirkt habe, sei; daß ihm, dem Beklagten, selber dabei irgend eine Verschuldung zur Last falle, habe Kläger nicht einmal zu behaupten gewagt. Da nun aber in der Beziehung des Beklagten zu seinem Knecht eben so wenig wie in seiner Beziehung zu dem Fuhrwerk ein Grund zu erkennen sein dürfte, weshalb er den Schaden qu. zu ersetzen haben sollte, so werde die Klage schon gleich ohne Weiteres abzuweisen sein. Eventuell hat Beklagter die Schuld seines Knechtes an dem Unfall in Abrede gestellt und einzelne Positionen der klägerischen Forderung bestritten.

Nach stattgehabter Verhandlung der Sache, bei welcher vom Kläger ein Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zur besseren Einlassung gestellt ward, hat die klösterliche Obrigkeit am 9. October d. J. erkannt: *)

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung,

1) daß die Klage darauf gerichtet ist, daß der Knecht des Beklagten mit demselben mit zwei Pferden bespanntem mit Dünger beladenem Wagen neben dem Steindamm an der Seite, wo die 2½jährige Tochter des Klägers im Sande spielte, dieses Kind durch Ueberfahren so verletzt habe, daß es bedeutenden Schaden am linken Oberschenkel und am Unterleibe erlitten und 14 Tage bettlägerig gewesen, weshalb er für Pflege, Arztlohn und Schmerzensgeld eine Forderung von 69 ℔ 88 ß R.-M. geltend macht;

2) daß die Dienstherrschaften nach der gewöhnlichen Meinung der Rechtslehrer nur dann für die Schadensstiftungen ihres Gesindes verantwortlich sind, wenn sie selbst dazu die Veranlassung gegeben haben oder ihnen eine vernachlässigte Aufsicht zur Last fällt oder wenn sie wissentlich schlechtes Gesinde in Dienst genommen oder behalten haben,

Glück, Pandecten, Bd. X, p. 118,
Stryck, Usus mod. Lib. IX, tit. 185,
Leyser, Sp. 113,
Hommel Rhaps, Vol. V, obs. 633,

die Bestimmungen des Römischen Rechts,

L. 2 pr., L. 3, L. 4 D. 9, 1,

sich auch nicht auf unsere gegenwärtigen Dienstverhältnisse anwenden lassen,

Schweppe, Römisches Privatrecht, Bd III, § 542;

3) daß eine Culpa in den gedachten Beziehungen den Beklagten vom Kläger auf keine Weise imputirt worden ist.

Digitized by Google

daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen und schuldig, dem Beklagten die veranlaßten Kosten zu erstatten,

wogegen Kläger hieher supplicirt und sich darüber beschwert hat:

1) daß, wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr die beklagtische Einrede der unbegründeten Klage verworfen worden sei;
2) event., daß, wie geschehen, und nicht vielmehr der Beklagte zur besseren Einlassung schuldig erkannt;
3) event., daß, wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr dem Kläger die bestrittenen relevanten Klagbehauptungen zum Beweise verstellt worden;
4) daß, wie geschehen, erkannt und nicht mindestens dem Kläger eine Frist zur Gelebung des Erkenntnisses in Betreff der Kostenerstattung nachgelassen worden.

Es steht zur Frage, ob diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß von der von dem Supplicanten versuchten Anwendung der Grundsätze der actio de pauperie auf den vorliegenden Fall nicht die Rede sein kann, da die erhobene Klage nicht auf eine von den Pferden des Supplicaten contra naturam sui generis zugefügte Beschädigung, sondern darauf gegründet worden ist, daß der Knecht des Supplicaten durch ungeschickte Leitung derselben die dem Kinde des Supplicanten zugestoßene Verletzung veranlaßt habe;

in fernerer Erwägung, daß in nicht contractlichen Verhältnissen eine Verantwortlichkeit der Dienstherrschaft für schadenbringende Handlungen ihres Gesindes nur unter der Voraussetzung einer ihr selbst, sei es bei der Auswahl oder der Ueberwachung des Gesindes, zur Last fallenden Culpa statuirt werden kann, ein solches eigenes Verschulden des Supplicaten aber von dem Supplicanten in seiner Klage überall nicht behauptet worden ist;

in Erwägung, daß während hienach die erhobene Klage von dem judicium a quo mit Recht verworfen worden ist, der Supplicant allerdings mit Grund es gerügt hat, daß in dem Erkenntnisse keine Frist für die Erstattung der Proceßkosten präfigirt worden ist, welche wahrscheinlich auf einem bloßen Expeditionsversehen beruhenden Auslassung jedoch nur zu einer Modification des Erkenntnisses veranlassen kann;

wird dem Supplicanten auf seine sub præs. den 29. October d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß es bei dem angefochtenen Erkenntnisse der klösterlichen Obrigkeit zu Uetersen vom 9. October d. J. unter der Modification sein Bewenden zu behalten habe, daß vom Supplicanten die dem Supplicaten veranlaßten Kosten binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten sind.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 26. November 1863.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

3. Stück. — Den 18. Januar 1864.

Ueber
provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Fortsetzung.)

§ 4.

Rechtliche Begründung der Provocationen.

Aus dem Vorstehenden hat sich ergeben, daß die beiden Arten der heut zu Tage gangbaren Provocationen allerdings an verschiedene je ihrem speciellen Character entsprechende Voraussetzungen, welche demnächst genauer besprochen werden sollen, geknüpft sind; daß sie aber doch auch ein Moment gemeinsam haben, warum sie eben beide Provocationen sind. Von diesem Gesichtspunkte aus muß auch eine beiden gemeinsame rechtliche Begründung als möglich erscheinen. Dagegen ist in der erstgenannten Abhandlung von Muther der sog. Diffamationsklage eine rechtliche Basis zu geben versucht worden, wie sie jedenfalls die prov. ex l. si cont. nicht haben kann, nämlich, daß jene aus einem Delict entspringe. Schon dieser Umstand muß gegen die Stichhaltigkeit der Delictstheorie große Zweifel einflößen. Sehen wir auf das Einzelne, was zur Rechtfertigung derselben vorgebracht wird, so stellt sich uns zwar eine mit großem Aufwand versuchte Vertheidigung dar, die aber durchweg als ungenügend zu bezeichnen sein möchte. Zunächst tauchte bisher in der Geschichte des Rechtsmittels noch niemals die Ansicht auf, das diffamare sei ein Delict; selbst nicht bei den Glossatoren, obwohl Martin a. a. O. S. 341 (und Muther hat lediglich aus diesem Schriftsteller und nur diese eine auch bei Martin nur ganz beiläufige Aeußerung citirt) meint, die Glossatoren hätten offenbar hinsichtlich der prov. ex l. diffamari die obligatio ad agendum als durch das unerlaubte Factum der Diffamation hervorgebracht angesehen. Keiner der Italienischen Juristen, von Azo und Accursius an, hat zur Motivirung des Klagezwangs jemals auf ein Delict hingewiesen, selbst nicht Baldus, der, wenn irgend Einer, doch darauf hätte kommen müssen, um seinen Ausspruch von dem se adstringere ad agendum zu begründen. Läßt man sich nicht durch das früh vorkommende aber später ganz verschwindende Wort „malitia" u. dgl. irreleiten, so ist der schon zur Glossatorenzeit vorhandene motivirende Gedanke, wenn auch damals noch unklar, noch heut zu Tage einer und derselbe, der überhaupt nur die provocatio ad agendum begründen kann. Aus der jüngeren Vergangenheit hat allein Mevius*) eine für Muther ansprechende Aeußerung einmal fallen lassen; aber auch dieser sagt nicht geradezu, das diffamare sei ein Delict, sondern: es sei, soweit es die Provocation veranlasse, culpae s. delicti instar, also so etwas dem Aehnliches.

Interessant ist es desungeachtet, den Gang, den eine solche Begründung genommen hat, zu verfolgen. Wenn der Diffamat den Diffamanten, abweichend von der allgemeinen Regel, zur Klagerhebung zwingen kann, so soll damit die Existenz einer obligatio (welcher

*) Dec. VIII, 234 n. 2.

Digitized by Google

Art? bleibt noch dahingestellt) gegeben sein. Eine obligatio aber muß bekanntermaaßen eine vermögensrechtliche Beziehung haben. Man fragt, wie dieselbe in der Verpflichtung zur Klage zu finden sei? darin, daß ein durch Schmälerung des guten Rufes drohender Vermögensnachtheil abgewendet werden soll. Das ließe sich nun wohl hören, wenn man im Voraus sicher wußte, der Diffamant werde im Provocationsproceß contumax sein oder den Hauptproceß verlieren. Es kann aber von Beiden das Gegentheil eintreten; dann erleidet der Diffamat schließlich den Nachtheil und die vermeintliche obligatio des Diffamanten hat dann offenbar für diesen keine vermögensrechtliche Verpflichtung zum Inhalt. Oder soll nur der im Allgemeinen dem vermögensrechtlichen guten Rufe des Diffamaten, einerlei, ob mit Recht oder Unrecht, drohende Nachtheil gemeint sein, so ist offenbar, daß die Klaganstellung für den guten Ruf weit gefährdender ist, als das bloße Berühmen mit Ansprüchen; und doch erzeugt das Factum des Klägers eine obligatio in dem Sinne, wie hier gemeint, nicht. Die Vergleichung der Diffamationsklage mit den prätorischen Stipulationen und die Bemerkung, daß heut zu Tage bei diesen ja auch eine Klage gestattet sei, reicht nicht aus: denn mögen einzelne Punkte dort und hier Aehnlichkeiten bieten und sogar bei der Diffamation ein positives Handeln die vermeintliche Obligation gebären (während sie dort nur aus Zuständen entsteht), so soll doch eben erst bewiesen werden, daß die Berühmung eine eine Obligation und welcher Art erzeugende Handlung sei. Freilich auch dieser Beweis wird versucht; nicht dahin, als ob ein contractliches oder quasicontractliches Verhältniß vorliege; denn es wäre doch gar zu abenteuerlich, z. B. mit Gail anzunehmen, daß der Diffamant sich durch einen Willensact zur Klage verbinde, welchem dann der gegenüber stehende durch die Provocation kundgegebene Wille des Diffamaten consentirend entspreche, und auch eine quasicontractliche Verpflichtung setzt immer ein hier nicht vorhandenes Rechtsgeschäft voraus. Wohl aber wird eine obligatio ex delicto angenommen. Es muß hierbei nun auffallen, daß nicht allererst nachzuweisen versucht wird, das diffamare sei an und für sich selbst ein Delict, daß vielmehr die Unerlaubtheit vorerst daraus gefolgert wird, daß gewisse Nachtheile (natürlich für den Diffamanten selbst) damit verbunden sein sollen. Indeß auch dieser letztere Nachweis kann nicht als stichhaltig angesehen werden. Zwar ist es richtig, daß heut zu Tage nicht mehr wie im Römischen Recht die civilrechtliche poena delicti lediglich in einem Geldopfer zu bestehen braucht, obwohl in letzter Reihe am Ende doch auch heute jede poena delicti darin sich auflösen kann; in erster Reihe kann auch die Vornahme einer Handlung ausnahmsweise auferlegt werden. Deshalb ist aber der in Folge der Diffamation auferlegte Klagezwang noch nicht eine Delictsfolge; vielmehr ist der wesentliche Unterschied, daß die Delictsfolge direct oder indirect erzwungen werden kann, eben weil sie nothwendig eintreten soll, während der Diffamant nicht absolut zur Klage gebracht werden kann; er kann schweigen und dann ist die Folge, daß er mit den berühmten Ansprüchen präcludirt wird; also nicht der Klagezwang, sondern das in Entstehung der Klage auferlegte Stillschweigen wäre darnach die eigentliche poena. Und doch müßte, läge ein Delict vor, gerade das Klagen die erzwingbare Folge sein. Aber ließe man sich auch nicht durch solche Umkehrung stören, so fragt sich doch, ist das auferlegte Stillschweigen eine poena delicti? Gewiß nicht; es ist nicht mehr oder minder als ein in Folge von Contumaz eintretender processualischer Nachtheil, wie er auch den Beklagten trifft, der nicht rechtzeitig seine Einreden vorbringt, wie er in jedem Stadio des Processes vorkommen kann. Also käme man gleichsam im Cirkel wieder darauf zurück, der Klagezwang oder, nach dem eben Gesagten, auch dieser nicht, sondern das Klagen selbst sei eine Delictsfolge; das wäre ein Widerspruch, der nicht gerade erst deducirt zu werden braucht.

Aber weiter, es versteht sich: ist der sog. Klagezwang eine Delictsfolge, so muß das diffamare ein Delict sein, mit andern Worten, es muß eine Handlung sein, die dadurch widerrechtlich ist, daß sie eben in der rechtsverletzenden Zufügung eines Nachtheils besteht. Wie finden wir diesen zugefügten Nachtheil allererst? Die L. 15, 33 D. 47, 10 u. a. sagt, wer einen Nichtschuldner als Schuldner mahnt, begeht eine Injurie, natürlich: wenn er animo injuriandi mahnt. Den Fall, wenn dieser animus fehlt, hat das Römische Recht nicht weiter berührt; es fand also darin nichts Delictsartiges, wohl aber hat man das darin neuerdings gefunden. Die Injurie greift die bürgerliche Ehre an, die Diffamation soll die öconomische Ehre,

Digitized by Google

den Credit angreifen. Da nun der Diffamant der Thatsache der Berühmung sich doch immer bewußt ist, sie gerade will, so scheint es, müßte man unmittelbar wieder in das Gebiet der Injurie gerathen. Dies wird dadurch zu verhindern gesucht, daß noch der Begriff eines öconomischen Zartgefühls mit herbeigezogen wird; dessen Verletzung soll nicht ohne animus möglich sein, wohl aber die Verletzung der öconomischen Ehre. Denn in dem bewußten Berühmen liege noch nicht jener animus. Man muß also wieder zu dem objectiven Moment seine Zuflucht nehmen, zu dem erzeugten Schaden. Aber da für die Provocation jedenfalls schon ein nur noch drohender Nachtheil genügt, so wird es auch für genügend erklärt, wenn nur die Möglichkeit der Schmälerung der öconomischen Ehre in der Diffamation liege. Wo aber hat das Römische Recht eine Handlung, aus der nur möglicher Weise einem Andern ein Nachtheil entstehen kann, als Delict bezeichnet? Ferner: ein Delict muß doch eben die Verletzung eines Rechts sein. An der Unmöglichkeit, diese Voraussetzung in dem diffamare zu finden, scheint es, müßte vollends die Delictstheorie scheitern. Aber auch hier hilft man sich. Nicht jedes Delict soll eine Rechtsverletzung voraussetzen oder nicht immer ein Recht verletzen, sondern nur ein Recht erzeugen, das Recht auf Strafe. Indeß es würde zu weit führen, wenn man sich tiefer in diese durchweg haltlose Theorie verlieren wollte; nur Eines mag noch hervorgehoben werden: Bei einer Auffassung der Diffamation als Delict kommt man ganz unwillkürlich und so zu sagen unvermeidlich zu der Voraussetzung, daß die berühmten Ansprüche nicht existirten, und wenn doch, daß der belangte Diffamant sich durch die exceptio veritatis müsse retten können. Daß man mit letzterem wieder bei einer provocatio ad probandum angelangt wäre, hat auch Muther eingesehen; er leugnet daher jene Voraussetzung, weil auch ein Berühmen mit wirklich existirenden Forderungen die öconomische Ehre angreife. Darnach muß man aber consequent noch weiter gehen; denn ein Berühmen mit bereits gerichtlich festgestellten Ansprüchen afficirt sicher noch stärker die öconomische Ehre; die Provocation müßte also auch hier begründet sein, wenn auch nicht ad agendum — denn das wäre ja schon geschehen — sondern ad exequendum, was freilich ein ganz neuer Begriff wäre. Ja, man muß schon in dem gerichtlich Belangen, durch welches, insbesondere wenn die Schuldklagen sich häufen, bekanntlich sehr stark die öconomische Ehre afficirt werden kann, ein Delict finden, für welches, da ad agendum nicht mehr und ad exequendum noch nicht provocirt werden kann, die entsprechende Bestrafung sehr schwer zu finden sein möchte.

Endlich hat Muther noch manche Aehnlichkeiten zwischen der Diffamationsklage und der actio legis Aquiliae finden wollen, jedoch nur deshalb, um jene Klage im Civilrecht und zwar zwischen der actio injuriarum und der actio legis Aquiliae zu placiren. Die desfällige Ausführung kann hier übergangen werden. Es möchte schon zu viel über die Delictstheorie gesagt sein, deren Zurückweisung jedoch um so mehr geboten schien, als von ihr aus durch die ganze fernere Lehre von der sog. Diffamationsklage Consequenzen gezogen werden, welche in der seitherigen Ausbildung durch Theorie wie Praxis keinerlei Halt finden, und zum Theil sehr auffallender Art sind.

§ 5.

Fortsetzung.

Für eine Bejahung der Frage, ob die provocationes ad agendum für einen geregelten Rechtsgang als eine nothwendige Einrichtung zu erachten seien, könnte man sich im Allgemeinen schon auf die durch Jahrhunderte hindurchgehende Uebung berufen, als einen nicht geringen Beweis dafür, daß sie ex opinione necessitatis entstanden seien; und dieser Gedanke der Nothwendigkeit ist es in Wirklichkeit, der von der Glossatorenzeit an fast bei allen Juristen, die sich mit dem Gegenstande je beschäftigt haben, im Hintergrunde ruht, selten freilich berührt und noch seltener bestimmt ausgesprochen ist. Und doch dürfte die Darlegung der Nothwendigkeit dieser Rechtsinstitute nicht so schwierig sein. Durch deren Nachweis wird aber das Herbeiziehen einer Basis aus dem Privat- speciell dem Obligationenrecht eben so entbehrlich sein, als unzulässig erscheinen. Indeß ist nöthig, ein paar allgemeinere Bemerkungen voran zu schicken. Ein Rechtsanspruch und eine Klage (dies Wort in der umfassenderen Bedeutung des Rechtsschutzes überhaupt genommen, mithin auch die Einrede begreifend) sind zwar zwei durchaus verschiedene Dinge, aber so eng zusammengehörend, daß die Existenz des einen ohne das Vorhandensein des andern ganz undenkbar ist. Die Klage (Einrede) ist die processualische Institution (der privatrecht-

Digitized by Google

liche Begriff interessirt uns hier nicht), welche den Rechtsanspruch erst wirklich zu seinem Begriffe bringt; nämlich der Möglichkeit seiner Erfüllung, und umgekehrt, der Begriff des Rechtsschutzes basirt auf dem Vorhandensein von Etwas, das des Schutzes bedarf. Ein Weiteres ist für die Veranschaulichung der Verschiedenheit wie der Zusammengehörigkeit Beider zu bemerken hier nicht nöthig. Wohl aber ist hervorzuheben: der vom Staate mittelst der von ihm eingesetzten Gerichte zu verleihende Rechtsschutz *muß* zwar gegeben werden, weil das zum Begriff der öffentlichen Rechtsordnung mitgehört; aber er wird hier auf unserem Gebiete nur gewährt, wenn er verlangt wird; er ist in concreto noch gar nicht vorhanden, so lange man seiner zu bedürfen noch nicht erklärt hat. Letzteres läuft *zunächst* auf den schon von den Römern aufgestellten Grundsatz hinaus, daß Niemand zur Klagerhebung gezwungen werden könne, oder in entsprechender Weise hier ausgedrückt: die öffentliche Rechtsordnung ignorirt alle privatrechtlichen Ansprüche, so lange sie nicht um deren Realisirung angegangen ist. Ein solches Begehren aber, scheint es, kann nur von dem Inhaber des Rechtsanspruchs gestellt werden. Da fragt sich eben, ob und wann von dieser Regel Ausnahmen zu statuiren wären? Ein Fall, an den man, weil er scheinbar so nahe liegt, zunächst denken möchte, der, wie wir ihn jetzt kennen, dem Römischen Recht eben so sehr wie die Provocationen unbekannt war*) und seine Ausbildung erst der Italienischen und Deutschen Jurisprudenz des Mittelalters verdankt, ist der der Edictalcitation. Wie durchweg auch verschieden dieser Fall, und zwar in allen bekannten Gestaltungen, von den Provocationen ist, er beruht doch unverkennbar auf dem Gedanken des nothwendig gewordenen Rechtsschutzes, aber nicht so sehr eines Berechtigten als eines (angeblich oder wirklich) Verpflichteten.**) Von einem positiven Vermögen Jemandes spricht man nur da, wo Dritte keine Ansprüche an dasselbe haben; es liegt im Begriff des Eigenthums, der ausschließlichen Dispositionsbefugniß, daß dasselbe nicht bloß abstract, sondern concret muß herstellig gemacht werden können. Das kann der Inhaber eines Vermögenscomplexes selbst schon erreichen, so weit die Ansprüche Dritter ihm bekannt sind; er kann jene Ansprüche befriedigen oder, falls die Gläubiger nicht annehmen wollen, Handlungen vornehmen, die der Befriedigung gleichstehen. Damit ist er aber noch nicht sicher gestellt, daß dasjenige, was nach Befriedigung bekannter Ansprüche von seinem Vermögen übrig bleibt, nunmehr ihm ausschließlich gehöre. Ihm unbekannte Ansprüche können daran noch existiren; eine private Aufforderung, daß auch dergleichen Ansprüche behufs Befriedigung sich melden mögen, muß, sofern sie sich doch nicht melden, wirkungslos bleiben. Denn es ist Regel eben, daß Niemand zur Klage, mithin auch nicht zum Kundgeben seiner Ansprüche gezwungen werden kann. Darnach würde also Niemand dahin gelangen können, einen reinen Vermögensbestand erreichen zu können, und doch ist die Herstellung eines solchen, sei es für die ganze Vermögensmasse, sei es für einen Theil derselben, durchaus nothwendig, weil anders die schon für den Verkehr ganz unentbehrliche freie Disposition fehlen würde; da eben muß die öffentliche Rechtsordnung Schutz gewähren und sie kann es nur, daß sie von dem Rechtssatze, daß Niemand mit seinen Ansprüchen hervorzutreten verpflichtet sei, eine Ausnahme macht; denn über diesem Rechtssatz, der nur seine relative Bedeutung hat, steht der eigentliche Zweck der Rechtsordnung, durch Erledigung unerledigter Ansprüche die freie Dispositionsbefugniß zu erreichen. Sobald daher ein Privater die öffentlichen Rechtsorgane, die Gerichte, darum angeht, diese seine freie Dispositionsbefugniß, sei es für sein ganzes Vermögen, sei es für einen Theil desselben, herzustellen,*) so erlassen diese *öffentliche* Ladungen

*) Die L. 6 C. de rem. pug. 8, 26 — „programmate admoniti creditores" enthält keine Edictalladung. Der Ursprung derselben ist im altgermanischen Recht zu suchen, nach welchem dem Verkaufe verpfändeter Sachen ein gerichtliches Aufgebot voran zu gehen pflegte. *Wetzell*, Proceß, S. 65.

**) Man muß dabei nur nicht *vorzugsweise* an die Edictalladung im Concurse denken, da diese zunächst eine gerechte Befriedigung *der Gläubiger* aus der Masse im Auge hat und in Bezug hierauf grade erforderlich ist. Allein auch diese Art Edictalien gewähren insofern dem Schuldner Rechtsschutz, als, wenn die durch sie ermittelte Schuldenmasse die vorhandenen Activa nicht absorbirt, sofort eine Aufhebung des Concurses erfolgen muß.

*) Der *äußere* Anlaß geht dabei in einzelnen Fällen der Edictalladung freilich nicht vom Schuldner, son-

Digitized by Google

an alle etwa Intereſſirten, ſich binnen geſetzter Friſt zu melden oder ſich präcludirt zu ſehen. Eigenthümlich iſt hier, aber dem Zwecke entſprechend, daß die Aufforderung immer eine generelle iſt und daß die angemeldeten Anſprüche als ſolche ohne weiteres Zuthun der Parteien rechtlichen Schutz genießen, bis ſie entweder befriedigt oder durch rechtlichen Spruch zurückgewieſen, d. h. alſo bis ſie erledigt ſind. Wie verſchieden demnach auch die Edictalladungen von den eigentlichen Provocationen ſind, eine Ausnahme*) von der obenerwähnten Regel bilden ſie doch und das, was ſie eben zu einer gerechtfertigten Ausnahme macht, findet ſich bei den provocationes ad agendum als ihnen zu Grunde liegend wieder.**)

Zunächſt die provocatio ex lege diffamari anlangend, ſo liegt in dem Berühmen die offen ausgeſprochene Behauptung, einen klagbaren Anſpruch zu haben. Damit iſt aber noch nicht ausgemacht, daß der Diffamant wirklich dieſen Anſpruch habe; im Gegentheil, an und für ſich iſt dieſelbe Wahrſcheinlichkeit vorhanden, daß der Anſpruch überhaupt unbegründet oder anderweitig bereits erledigt ſei. Iſt hiervon der Diffamat überzeugt, ſo iſt ſein Intereſſe daran, den berühmten Anſpruch als nicht vorhanden oder nicht mehr vorhanden dargelegt zu ſehen, auf der Hand liegend. Geſchieht das nicht, ſo kann einmal eine ſpätere Klagerhebung dem Diffamaten ungelegener kommen und dieſen Punkt faſſen namentlich die älteren Italieniſchen Juriſten freilich etwas ſcharf auf, wenn ſie von einer malitia reden, die ſich in dem Verhalten des Diffamanten ſpiegele, oder von einer calumnia mit Rückſicht auf die vermuthete Abſicht des Creditors, zu einer Zeit zu klagen, quo non esset reo opportunum respondere. Der Diffamat kann durch die Berühmung poſitiven Nachtheil an ſeinem Credit u. ſ. w. leiden, eine Seite, die vorzugsweiſe Muther ausbeutet. Aber davon muß man abſehen, denn es können offenbar Berühmungen ſtattfinden, die weder jenes befürchten laſſen, noch dieſes im Gefolge haben, derentwegen aber dennoch heut zu Tage man gar kein Bedenken hat, eine Provocation zu geſtatten. Wie läßt ſich denn da die Provocation begründen? Würde dem Diffamaten hier ein Rechtsſchutz nicht zur Seite ſtehen — abgeſehen einſtweilen davon, worin ſolcher beſtehen könnte — ſo wäre der Rechtsſchutz, den die öffentliche Rechtsordnung ihrem Begriffe nach beiden Parteien in gleichmäßiger Weiſe ertheilen will, eben nicht gleichmäßig vertheilt. Der Diffamant kann ſeinen angeblichen Anſpruch zur Erledigung bringen: er kann agendo auftreten; wenn er aber trotz der Diffamation ſtill ſitzt, ſo wären, wenn der Grundſatz nemo invitus etc. auch hier Anwendung finden ſollte, dem Diffamaten die Hände gebunden. Das wäre ungerecht, denn kann er einmal mittelſt der Edictalladung erreichen, daß ſein Vermögenscomplex ſogar von ihm bis dahin unbekannten Anſprüchen befreit werde, ſo müßte er, meint man, den offen ausgeſprochenen Anſpruch der Diffamanten, deſſen er ſich nicht bewußt iſt, jedenfalls irgendwie zur Erledigung bringen können. Nun iſt vorhin erwähnt worden, daß die öffentliche Rechtsordnung ſich mit der Erledigung von Privatanſprüchen nur befaſſen darf, aber auch muß, wenn ſie zu ihrer Kunde gebracht werden. Der Inhaber des Anſpruchs kann ſo zu jeder Zeit die Gerichte in Bewegung ſetzen, aber auch der angebliche Schuldner wird dies dann thun dürfen, wenn von einem Dritten verkündigt worden, daß er an ihn einen klagbaren Anſpruch habe. Nun iſt der Diffamat im Stande, dem Gerichte zu ſagen: es wird ein Anſpruch an mich behauptet, den ich nicht einräume; bringe ihn zur Erledigung. Denn es liegt wieder im Begriffe der öffentlichen Rechtsordnung, daß, weil ſie eben überhaupt die Erledigung unerledigter Anſprüche will, auch der ſo zur gerichtlichen Kunde gekommene Anſpruch

---

dern von einem (oder mehreren) Gläubiger aus; oft ergeben ihn auch die äußeren Umſtände ſchon, ſo daß ſchon das erſte richterliche Einſchreiten von Amtswegen geſchieht.

*) So faßt ſie auch Schmid, Handbuch, III S. 24 N. 1, auf.

**) Daher erklärt ſich auch, daß Italiener wie Deutſche bis ins vorige Jahrhundert Edictalladung und Provocation zuſammenſtellen und bei jener ſich ganz ähnlicher Ausdrücke bedienen wie bei dieſer. Wetzell, Proceß, S. 65 N. 17 und die daſelbſt cit. Stelle des Angelus Aretinus, super rubr. J. de exc. n. 23: „— sed etiam aliis non certis possunt fieri edictae et proclamationes publicae ex parte judicis cum assignatione termini, intra quem petant, alias non audiantur, et hoc ut obvietur malitiis hominum.“ Ob und wie weit die Edictalladung als Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufzufaſſen ſein möchte, gehört hier nicht her.

Digitized by Google

auf gerichtlichem Wege erledigt werde.*) Freilich soll der gewährte Rechtsschutz nicht größere Ausdehnung gewinnen, als eben die Nothwendigkeit gebietet. Wenn daher der Rechtsschutz für den Diffamaten eintreten soll, so kann er nur ein solcher sein, wie ihn der Diffamant selbst nöthig gemacht hat. Dieser hat einen klagbaren Anspruch behauptet: die durch diese Verlautbarung dem Diffamaten nothwendig gewordene Erledigung wird durch einfache Klagerhebung erreicht. Diese nur kann der Diffamat nachsuchen, diese nur gewährt werden, und zwar durch Auferlegung derselben unter angedrohten Rechtsnachtheilen. So ergiebt sich die Nothwendigkeit, aber auch das Ausreichende des Klagezwanges und nur vor dem Einen hat man sich dabei zu wahren, daß man nicht auch in den Verirrungen der Italienischen und darnach Deutschen Praxis die Nothwendigkeit suche, wie denn diese Verirrungen auch eben so wenig eine Widerlegung jener Nothwendigkeit abgeben können.

(Die Fortsetzung folgt.)

*) Aehnliches wird dem Baldus doch wohl in Gedanken gelegen haben, wenn er sagt In legem diff. n. 6: Solum nemo invitus compellitur agere, nisi se adstrinxerit ad agendum expresse vel tacite. Sed ille qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum, quia diffamare est ad judicium provocare. Nur darf daraus nicht mit des Baldus Nachfolgern und neuerdings mit Wetzell (der deshalb die Provocation als einen qualificirten Contumacialantrag auffaßt), Proceß, S. 68, gefolgert werden, daß in der Diffamation schon eine Ladung liege.

Entscheidungen.

Unter welchen Umständen ein zu einem andern Amte beförderter Beamter als von seinem bisherigen Amte entlassen zu betrachten sei.

Als der bisherige Gerichtshalter des adeligen Guts Quarnbeck, der Justitiar Mordhorst in Kiel, zum Bürgermeister von Plön ernannt und dadurch zur Uebersiedelung nach dieser Stadt genöthigt worden war, ward ihm von der Gutsherrschaft von Quarnbeck auf seine beschaffte Anzeige dieses Wohnungswechsels erwidert, daß sie seine Gerichtshalterschaft nach Maaßgabe des § 39 der Verordnung vom 19. Juli 1805 als ipso jure erloschen betrachte und demzufolge auf Grund des § 11 dieser Verordnung den Syndicus Meyersahm in Kiel zum interimistischen Verwalter der Rechtspflege in dem Gute ernannt habe, womit das Ersuchen um Auslieferung des Archivs verbunden ward.

Der Bürgermeister Mordhorst antwortete hierauf ablehnend, namentlich auch in Betreff der Herausgabe des Archivs, und wandte sich unterm 9. December v. J. mit einem berichtlichen Antrage an das Holsteinische Obergericht, in welchem gebeten ward

1) daß der Gutsherrschaft des adeligen Guts Quarnbeck anbefohlen werden möchte, bei Vermeidung einer namhaften Brüche die von ihr geschehene Constituirung des Syndicus der Kieler Universität, Herrn Meyersahm, als interimistischen Justitiars des Gutes sogleich aufzuheben;
2) daß der Gutsherrschaft die Einsendung aller bei ihr oder dem von ihr constituirten Gerichtshalter eingegangenen Eingaben an den Antragsteller bei Vermeidung einer namhaften Brüche aufgegeben; und
3) ihr jede weitere Procedur, jedes fernerweitige Attentat unter entsprechender Brüchandrohung untersagt werden möchte.

Auf diese Eingabe erging folgendes Rescript des Obergerichts.

Von Obergerichtswegen.

Mit Beziehung auf den sub præs. den 10. d. M. hieselbst eingegangenen berichtlichen Antrag wird dem bisherigen Gerichtshalter für das adelige Gut Quarnbeck, Bürgermeister Mordhorst in Plön, bei abschriftlicher Mittheilung eines sub præs. den 8. d. M. eingegangenen Berichts der Gutsherrschaft des adeligen Guts Quarnbeck, betreffend die Constituirung des Syndicus Meyersahm in Kiel zum interimistischen Gerichtshalter für das gedachte Gut, und eines sub præs. den 10. s. M. eingegangenen berichtlichen Antrags derselben Gutsherrschaft, dieselbe Angelegenheit betreffend, hiedurch zu erkennen gegeben, daß die von ihm gestellten Anträge sich nicht zur Berücksichtigung eigneten, indem es nicht zweifelhaft erscheinen kann,

Digitized by Google

daß durch die in Folge seiner Ernennung zum Bürgermeister der Stadt Plön nothwendig gewordene Wohnortsveränderung eine Vacanz der Gerichtshalterschaft des gedachten Guts eingetreten sei und die Gutsherrschaft also in Gemäßheit des § 11 der Verordnung vom 19. Juli 1805 so berechtigt als verpflichtet gewesen, für die interimistische Verwaltung des Justitiariats in geeigneter Weise Sorge zu tragen, wenn in Betracht gezogen wird

1) daß die im Allgemeinen geltende Regel, daß bei der Beförderung eines Beamten zu einem andern Amte, wenn dadurch den Verhältnissen nach ein factisches oder rechtliches Hinderniß für die fernere Verwaltung des bisherigen Amtes eintrete, es nicht der förmlichen Entlassung von diesem Amte bedürfe, um eine Vacanz desselben herbeizuführen, selbstfolglich auch für Gerichtshalter adeliger Güter Geltung hat und namentlich auch nicht durch das auf solchen Fall keine Anwendung leidende Patent vom 5. Januar 1808 eine Aenderung erlitten habe;

2) daß nach dem § 39 der Verordnung vom 19. Juli 1805 kein Gerichtshalter über vier Meilen von dem Gerichtsorte entfernt wohnen dürfe und die Gesetzgebung von diesem sowohl im Interesse der Gutsherrschaft als der Gutsuntergehörigen erlassenen Verbot eine Dispensation für besondere Fälle nicht vorbehalten habe;

3) daß, wenn es, wie behauptet wird, mehrfältig vorgekommen sein sollte, daß bei der Bestätigung der Wahl eines Gerichtshalters es unbeachtet geblieben, daß sein Wohnort weiter als die gesetzlich zulässige Meilenzahl vom Gerichtsort entfernt sei, daraus doch nicht gefolgert werden dürfe, daß die gedachte Gesetzvorschrift nicht mehr als geltend anzusehen sei;

4) daß bei der durch das beigebrachte Attestat nachgewiesenen mehr wie fünf Meilen betragenden Entfernung der Stadt Plön, von dem Gute Quarnbeck für den zum Bürgermeister der Stadt Plön ernannten Gerichtshalter mit der dadurch nothwendig gewordenen Verlegung seines Wohnortes nach Plön ein rechtliches Hinderniß eingetreten sei, welches es ihm unmöglich macht, ferner noch Gerichtshalter für Quarnbeck zu bleiben.

Zugleich wird dem Bürgermeister Mordhorst mit Rücksicht auf seine Vorstehendem nach für unbegründet zu erachtende Weigerung, das Gerichtsarchiv des Guts Quarnbeck, in so weit es sich in seinen Händen befinde, an den constituirten Gerichtshalter für Quarnbeck auszuliefern, hiemittelst aufgegeben, bei Vermeidung einer Brüche von 100 ℔ R.-M. förderſamſt und spätestens innerhalb 8 Tagen den in seinen Händen befindlichen Theil des Gerichtsarchivs des Guts Quarnbeck an den constituirten Gerichtshalter Syndicus Meyerfahm in Kiel auszuliefern, sich auch allen ferneren Functionen als Gerichtshalter des adel. Guts Quarnbeck zu enthalten.

Königl. Holsteinisches Obergericht zu Glückstadt, den 14. December 1863.

Der Bürgermeister Mordhorst wandte sich gegen diese Entscheidung recurrirend an das Oberappellationsgericht zu Kiel, worauf nachstehender Bescheid erfolgte.

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die unterm 18. d. M. hieselbst eingegangene Recursschrift des Bürgermeisters Mordhorst in Plön, als Gerichtshalters des adeligen Gutes Quarnbeck, wider die Verfügung des Holsteinischen Obergerichts vom 14. d. M., betreffend die angebliche Vacanz der Gerichtshalterschaft von Quarnbeck,

wird,

in Erwägung, daß nach dem § 39 der Gerichtsordnung für die adeligen Güter vom 19. Juli 1805 der Gerichtshalter eines Guts nicht über vier Meilen von dem Gute entfernt wohnen darf, daß aber dadurch, daß ein Gerichtshalter seinen Wohnsitz in einen über vier Meilen von dem Gut entfernten Ort verlegt, nicht, wie der Vertreter der Gutsherrschaft dafür hält, ohne Weiteres die Gerichtshalterschaft erledigt ist, da ein Königl. Beamter, und als solcher ist der Gerichtshalter nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 15 der Gerichtsordnung anzusehen, nicht einmal mit der Niederlegung seines Amtes, sondern erst mit der ihm ertheilten Entlassung Königl. Beamter zu sein aufhört;

in Erwägung, daß in der Beförderung eines Beamten zu einem anderen Amte eine solche Entlassung von seinem bisherigen Amte nur enthalten ist, wenn angenommen werden darf, daß es der allerhöchste Wille gewesen ist, daß der zu einem andern Amte beförderte Beamte sein bisheriges Amt nicht ferner behalten solle, daß jedoch keine Thatsachen vorliegen,

Digitized by Google

aus welchen mit hinreichender Bestimmtheit geschlossen werden könnte, daß es bei der Ernennung des Querulanten zum Bürgermeister der Stadt Plön beabsichtigt worden, daß derselbe nicht zugleich Gerichtshalter des adeligen Guts Quarnbeck sein solle, daß indessen mit Rücksicht auf den § 39 der Gerichtsordnung die Constituirung eines andern Gerichtshalters bis zur erfolgten Entscheidung über das von dem Querulanten bescheinigtermaaßen eingereichte Gesuch um Dispensation von der Vorschrift des § 39 der Gerichtsordnung hinreichend gerechtfertigt ist,

hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 23. December 1863.

Das Recht auf Erhebung der Depositengebühr wird erst mit der Auslieferung des Depositums existent.

Auf die sub præs. den 26. März d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte des Cand. jur. Gülck in Hohenwestedt,

um eine Auflage an den Kammerrath Kirchspielvogt Maes in Hohenwestedt wegen Auskehrung des dem Supplicanten als constituirt gewesenen Kirchspielvogts vermeintlich zukommenden Antheils an der Depositengebühr für die Holm'sche Erbmasse,

wird nach eingezogener Erklärung des Kammerraths Kirchspielvogts Maes und des Curators der Concursmasse des wail. Jägermeisters Kirchspielvogts Völckers,

in Erwägung, daß für die Frage, welchem der auf einander folgenden Beamten die Gebühr für Amtsgeschäfte zukommt, an deren Ausführung nach und nach verschiedene Beamte Theil genommen haben, im Allgemeinen auf den Zeitpunkt wird gesehen werden müssen, wann der Act vollendet worden, dessen Vornahme einen Anspruch auf Gebührenerhebung begründet und Ausnahmen von dieser Regel nur in den Fällen zu statuiren sind, wo entweder nach der besonderen Natur des Geschäfts eine Theilung der Gebühr wird eintreten müssen oder die verschiedenen einzelnen Amtshandlungen eine gesonderte Berechnung der für sie zu erhebenden Gebühren möglich machen;

in Erwägung, daß die Depositengebühr erst mit dem Aufhören des Depositums als verdient anzusehen, und daß, wenn auch bei der gesetzlichen Normirung dieser Gebühr auf die Verantwortlichkeit, die der Beamte für die deposita zu übernehmen hat, Rücksicht genommen sein mag, doch daraus noch nicht resultirt, daß jeder Beamte, dem ein Depositum zeitweilig anvertraut gewesen, damit ein Recht erworben habe auf einen aliquoten Theil der Depositengebühr pro rata temporis, da die Gebühr nicht nach der Zeitdauer des Depositums sich bestimmt, ein Recht zur Gebührenerhebung auch erst mit der Auslieferung als der Vollendung des Geschäftes existent wird, wie denn auch, wenn man nicht die Depositengebühr als ausschließlich nur dem das Depositum abliefernden Beamten beikommend betrachten und Letzteren für verpflichtet ansehen wollte, jedem seiner Amtsvorgänger und resp. dessen Erben, nach Maaßgabe der Dauer der Zeit, in der er das Depositum in Händen gehabt, einen entsprechenden Theil auszuliefern, ein solches Princip sich in den wenigsten Fällen als durchführbar ausweisen dürfte;

in Erwägung, daß daher auch, was die zur Zeit der Amtsführung des wail. Jägermeisters und Kirchspielvogts Völckers ad depositum gebrachte Holm'sche Erbmasse anlangt, die dafür bei der Auslieferung derselben von dem jetzigen Kirchspielvogt erhobene Depositengebühr als eine ihm ausschließlich zukommende Gebühr angesehen werden muß;

hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 16. Februar 1861.

Der Cand. juris Gülck wandte sich gegen diese Entscheidung mit einer amtlichen Beschwerde an das Oberappellationsgericht zu Kiel, erhielt aber hier unterm 5. December v. J. mit Beziehung auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Bescheides einen abschlägigen Bescheid.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

4. Stück. — Den 25. Januar 1864.

Ueber
provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Fortsetzung.)

All das eben Gesagte gilt auch von der zweiten Art der Provocationen, der ex l. si contendat. Weit auffallender erscheint es allerdings auf den ersten Blick und in graden Widerspruch mit der oft erwähnten Regel, wenn Jemand, der in keiner Weise bisher mit seinem Anspruche hervortrat, desungeachtet soll zum Klagen, unter dem angedrohten Nachtheil des ewigen Stillschweigens, gezwungen werden können, und doch hat die ältere Jurisprudenz gerade hier in einer Anzahl Fällen den Klagezwang zugelassen, in denen er offenbar als einen nothwendigen Rechtsschutz sich nicht zeigt. In all den Fällen ist freilich so ziemlich nachzuweisen, daß der Provocant, wenn nicht zur Klage geschritten wird, einen Nachtheil erleiden möchte; es ist schon früher darauf hingewiesen, in welchem Umfange man diesen Nachtheil als zur Begründung der Provocation ausweichend fand; wie man sogar aus dem Grunde eine prov. ad agendum contra tertium statuirte in Fällen, in denen der Provocant einen möglicher Weise sich ergebenden Nachtheil zu tragen übernommen hatte.

Es wird der in der prov. ex l. si cont. gewährte Rechtsschutz als ein nothwendiger sich noch besser hervorheben lassen, wenn zuvor mit wenig Worten gezeigt ist, daß er in den Abarten dieser Provocation sich nicht als ein nothwendiger zeigt. Da eine Abart derselben eng mit einer ähnlichen der prov. ex l. diff. zusammenhängt, sehr wahrscheinlich zu der letzteren sogar den Anstoß gegeben hat, so greifen wir dabei zur prov. ex l. diff. zurück und erwähnen des Zusammenhangs wegen hier erst der bisher übergangenen sog. prov. ad probandum, in Verbindung mit der prov. ad replicandum. Es ist vorhin erwähnt, daß die Italienische Jurisprudenz allgemach dahin kam, die Verhandlung der Hauptsache in das Provocationsverfahren ex l. si cont. dadurch mit hineinzuziehen, daß dem Provocanten gestattet ward, seine vermeintlich in Gefahr befindliche Einrede sogleich zu erhärten, um dadurch den Provocaten zu zwingen, auch die elidirende Replik sogleich vorzutragen und nachzuweisen, wenn er nicht Jenen vom Richter als liberatum esse erklärt sehen wollte; daß man, hierauf fußend, auch weiter bei Berühmungen glaubte dem Diffamanten auferlegen zu können, den sofortigen Nachweis des berühmten Anspruchs, mehr noch einer verläumderischen Nachrede, zu liefern, wenn er sich nicht sofort zum ewigen Stillschweigen verurtheilt sehen wollte. Anlaß zu dieser weiten Ausdehnung hat, wenn nicht ausschließlich, so doch zum gut Theil mit das früher im Criminalproceß übliche Accusationsverfahren gegeben. Auch hier war ursprünglich die provocatio eine ad accusandam, also ad agendum, ging aber wohl sehr bald in eine ad probandum über, so daß der Diffamant zum Nach-

Digitized by Google

weis seiner Behauptungen sofort angehalten ward. Da lag es sehr nahe, auch wegen solcher übler Nachreden eine prov. ad prob. zu gewähren, die nichts weiter als einfache Injurien enthielten. Als die Reichsgesetze hinsichtlich der l. diffamari festsetzten, daß sie nur in „Friedbrüchigen, Schmach und andern dergleichen Sachen" sollte gebraucht werden dürfen,*) da meinte man für die prov. ad probandum auch eine gesetzliche Basis zu haben, und allerdings übersetzen die Cameralschriftsteller jener Zeit „Schmachsachen" mit causae injuriarum, was aber doch wohl nur dahin zu verstehen, daß Handlungen aufgerückt worden, die, wenn begründet, für den Diffamaten schmachvoll wären, aber zugleich auch eine peinliche Anklage zugelassen hätten. Daß die Kammergerichtsordnung wegen gewöhnlicher Injurien eine prov. ad probandum zugelassen hätte, ist jedenfalls unrichtig, weil, abgesehen von ihrem unverkennbaren Streben,**) die Anwendung der l. diffamari einzuschränken, sie überdies ausdrücklich sagt, die ansuchende Partei sei die, welche in der Hauptsache „Antworter" sei, und, es solle den Diffamanten eine Zeit gesetzt werden, seine Klag fürzubringen. Als eine Nothwendigkeit kann diese prov. offenbar deshalb nicht bezeichnet werden, weil die Injurienklage völlige Aushülfe schon gewährt. Auch in der vaterländischen Praxis ist seit Decennien die prov. ad probandum vollständig als beseitigt zu erachten, obwohl das in den ersten Decennien dieses Jahrhunderts wohl noch nicht der Fall war, und unsers Erachtens es auch keineswegs, wie Francke (Proceß, II, § 26) meint, unverkennbar ist, daß aus den Schlußworten des § 7 der Injurienverordnung vom 11. Mai 1798 eine Reprobirung dieser provocatio zu folgern sei.*) Im Gegentheil setzen sie die Bräuchlichkeit derselben voraus, lassen sie mithin zu, ohne sie freilich speciell zu sanctioniren, der Sinn der Bestimmung ist einfach der, daß ein Verfahren, wie es für Injurien angeordnet worden, also z. B. mit beschränkten Beweismitteln u. s. w., ebenso statthaben soll, wenn statt der Injurienklage eine provocatio zum Nachweis der verbreiteten üblen Nachrede eingeleitet worden.

Derselbe Mangel einer Nothwendigkeit zeigt, wo möglich noch auffallender, sich bei der prov. ad replicandum. Alles was durch dieselbe erreicht werden soll, wird schon durch die einfache prov. ex l. si cont. erreicht, insofern diese ja eben die Klage veranlaßt, welche eine genügende Vertheidigung beider Theile ermöglicht. Wichtiger ist, daß sie wegen der sich ergebenden Unzuträglichkeiten völlig unzulässig wird. Eine Einlassung, die ja nicht fingirt werden darf, fehlt, sonstige Einreden des Provocanten können nicht berücksichtigt werden u. s. w.

Die Nothwendigkeit der prov. ex l. si cont. selber fehlt aber eben so sehr, wenn man sie benutzen will, dem drohenden Verlust von Beweismitteln vorzubeugen. Freilich kann der Kläger grade deshalb mit der Klage zögern, weil er auf das Verlieren von Beweismitteln des Beklagten speculirt, ein Gedanke, der, weil

*) Die Worte kommen schon vor im Reichsabschied von 1532, III, 2, darnach in der Kammergerichtsordnung von 1555 II, 25. Die betreffenden Worte sind nicht klar, und die Auslegung daher verschieden. Nach Wetzell, Proceß, S. 70, der sich dabei auf Mynsinger, Obs. V. 81, und die Formulare bei Bartol. Blarer beruft, wäre darunter nur der ursprüngliche Fall einer vor Andern und namentlich unter Beifügung von Schmähungen geschehenen Berühmung zu verstehen.

**) Dies Bestreben zeigt sich früher in der K. G. Ref. 1531, § 35 und später im § 83 des Jüngsten Reichsabschiedes; siehe auch Breidenbach, im Archiv für civilistische Praxis, III, S. 343.

*) In den Anzeigen 1838 S. 182 wird leider die „streitige Rechtsfrage" umgangen. Die betreffenden Worte der Verordnung lauten: „Uebrigens ist diese Verordnung, wie es sich von selbst verstehet, auch auf die aus Injurien herrührenden Provocationen und Diffamationsklagen anzuwenden, und heben wir alle über die Gegenstände derselben bereits vorhandenen — u. s. w. Vorschriften hiermit auf." — Schrader, und wie man wohl annehmen kann, auch seine Zeitgenossen, zweifeln nicht daran, daß die Verordnung eine prov. ad probandum zulasse. Derselbe, welcher noch manche Jahre nach Emanation der Injurienverordnung lehrte († 1815), sagt in seinem Proceß: „Der Gebrauch dieser Klage (ex l. diff.) eignet sich vorzüglich als Präparatorium zu ästimatorischen Injuriensachen. Nur sind die Vorschriften der Verordnung zu beachten." — Auch gemeinrechtlich lehrte man so. Baier, summ. Proceß, § 54 Nr. 8.

Digitized by Google

so leicht der Anlaß dazu sich bietet, wiederholt von den Italienischen Juristen geltend gemacht wird. Selbstverständlich ist aber ihnen der bewegende Grund, weshalb die Provocation hier zustehen soll, nicht die malitia des Klägers, deren sie sehr wohl gedenken, sondern das Vorhandensein der Gefahr des Verlustes. Um diese abzuwenden, giebt es indeß bereits andere Mittel, die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß, die Urkundenexemplification; beide dem Römischen Recht zwar unbekannt, aber durch das Canonische Recht, nach dem auch sie, um beiden Parteien gleichmäßigen Rechtsschutz angedeihen zu lassen, sich als nothwendig erwiesen hatten, sanctionisirt. Diese Aushülfe ist hier weit entsprechender, da der Rechtsatz des unzuläßigen Klagezwanges, der nicht ohne Noth verletzt werden darf, durch sie auch nicht verletzt wird, obwohl doch auch schon hier, was wohl zu bemerken ist, die Gegenpartei z. B. zur Anwesenheit bei solcher Beweisaufnahme, behufs Wahrung ihrer Gerechtsame, eingeladen, also zu einer Thätigkeit veranlaßt wird, welche sie sonst erst nach eingeleitetem Processe vorzunehmen hätte.

Es kann sich demnach nur noch um die Darlegung einer Nothwendigkeit der prov. ad agendum handeln, wenn die Gefahr des Verlustes sich auf Einreden bezieht. Hier ist indeß vorerst nur daran zu erinnern, daß, wenn solches der Fall ist, nach dem eingetretenen Verlust der Einrede eine Entscheidung der Streitsache erfolgen muß, wie sie nach Maaßgabe dessen, was wirklich Recht ist, der demnächstige Kläger nicht beanspruchen kann, mithin dadurch der Beklagte ungerechter Weise leiden würde. Kann nun dem dem Kläger an sich zwar zur Seite stehenden Rechtsatze des unzuläßigen Klagezwanges gegenüber dem Beklagten in anderer Weise nicht geholfen werden, und würde es dabei doch ein Widerspruch in der Rechtsordnung sein, wenn ihm nicht geholfen würde, so bleibt nur Eines übrig, daß man, um einen gleichmäßigen Schutz für beide Parteien zu erzielen, doch ausnahmsweise den Klagezwang zuläßt. Dem Kläger geschieht damit weiter kein Nachtheil, als daß er verhindert wird, ungerechter Weise zu siegen; zu diesem Zwecke soll ihm jener Rechtsatz aber nicht zur Seite stehen, obwohl er, wie einleuchtend ist, kein Delict begeht, wenn er so lange still sitzt, als der Beklagte eben nicht in der gedeuteten Weise seine Bedürftigkeit nach Rechtsschutz kund giebt und darthut. Wie diese Provocation sonst noch zu begränzen, davon unten.

Von dem dargelegten Princip der Nothwendigkeit müssen sich nun für die Provocationen die weiteren Grundsäze aufstellen lassen.

§ 6.

Rechtliche Natur der Provocationen.

Nach zwei Richtungen hin ist diese rechtliche Natur der Provocationen zu erörtern; sie könnten eine selbstständige Klage sein, so daß der Provocant actor wäre, oder auch lediglich als Vorverfahren für den einzuleitenden Hauptproceß angesehen werden, in welchem Fall der Implorant schon als demnächstiger Beklagter sich darstellte. Weiter, die Provocationen könnten als subsidiaires Rechtsmittel gedacht werden, so daß sie immer nur statthaft, wenn kein anderes Rechtsmittel helfen könnte; oder aber man könnte, unter dem Zugeben, daß sie zwar eingeführt seien zunächst für Fälle, in denen ein bis dahin bekanntes Rechtsmittel nicht vorhanden, sie, da sie nun einmal eingeführt seien, auch da zulassen wollen, wo anderweitig geholfen werden kann.*) Beide Fragen sind wichtig, aber in verschiedener Weise, jene für die Competenz des Forum, diese für die Concurrenz mit anderen Klagen; eben deswegen giebt die Beantwortung der einen Frage keine nothwendige Consequenzen für die Beantwortung der anderen. Unrichtig aber ist es wieder und muß nothwendig zu irrigen Folgerungen leiten, wenn man diese Fragen einseitig nur im Bezug auf eine Art der Provocationen zu beantworten sucht. Die Provocationen im Allgemeinen muß man auch hier im Auge behalten. Beide obige Fragen möchten sich denn ohne Schwierigkeit aus dem Vorhergesagten beantworten lassen, und zwar die erstere dahin: es ist immer der demnächstige Beklagte, dem man, aus dem Princip des gleichmäßig zu gewährenden Rechtsschutzes, die Hülfe schon im Vorwege angedeihen läßt, und zwar nur zu dem einzigen Zweck, daß sogleich die Hauptklage gegen

*) Gegen die Subsidiarität des Rechtsmittels u. A. auch Francke, Archiv für civilistische Praxis, 18, S. 283 ff., besonders weil er es bestreitet, daß die Provocation ein außerordentliches Rechtsmittel sei, s. unten und Schmid, Handb., III, S. 43.

Digitized by Google

ihn eingeleitet werde, wobei es natürlich höchst gleichgültig ist, ob in Wirklichkeit der Provocat der ihm gewordenen Auflage folgt oder ob er sich zum Stillschweigen condemniren läßt. Es ist daher offenbar nur eine Vorfrage, die in Betracht kommt, ob nämlich nach Maaßgabe der vom Provocanten dargelegten Sachlage ein Klagezwang auszusprechen sei oder nicht, was doch schwerlich anders als ein bloß präparatives Verfahren zu nennen sein möchte. Daß dieses Verfahren seine besonderen Proceßvorschriften haben muß, kann nicht wohl für eine Selbstständigkeit des Rechtsmittels sprechen, da jedes präparatorische Verfahren solche erfordert. Allein es ist zuzugestehen, daß der präparatorische Character der Provocation nur die Proceßart, nämlich, daß diese eine summarische sein müsse, entscheiden könne, nicht auch die Competenzfrage, da es keineswegs eine durchstehende Regel ist, daß das Forum der zuerst eingeleiteten präparatorischen Klage Prävention für die Hauptklage erwirke; es wird vielmehr, wenn das Forum des Provocanten das competente sein soll, ein Anderes den Ausschlag geben müssen. Darüber ist später zu sprechen. Nimmt man dagegen die Provocation als eine selbstständige Klage, so ist die nothwendige Schlußfolgerung, daß das Forum des Provocaten nach der allgemeinen Regel das competente sein müsse. Die zweite Frage möchte sich dahin beantworten: die Nothwendigkeit der Rechtshülfe kann hier immer nur so gewährt werden, daß dadurch ein sonst durchstehender fundamentaler Rechtssatz auf die Seite gestellt wird. Es folgt daraus, daß diese scheinbare Rechtsverletzung, die sich in gewissen Fällen selbst als Recht ergeben soll, eben nur in dem Umfange statthaben darf, als sie behufs Erreichung des gleichmäßigen Schutzes beider Parteien nothwendig ist. Wo immer aus denselben Umständen, aus denen an sich die Ergreifung einer Provocation gerechtfertigt sein würde, auch sonstige Hülfe gewährt werden kann, da bedarf es nicht nur nicht jener, sondern sie darf nicht zur Hand genommen werden, weil der Grundsatz des an sich unzulässigen Klagezwanges nicht ohne Noth verletzt werden darf. Hinsichtlich beider Fragen hat man aber solch rationelle Beantwortung für ungenügend erklärt, vielmehr eine Beantwortung auf historischem Wege als die allein mögliche behauptet und jedenfalls darf man nicht die Anschauung früherer Zeiten ohne Weiteres ignoriren. Ob sich auf diesem historischen Wege aber Resultate erzielen lassen, wie man sie gerade wünscht, das dürfte sehr zu bezweifeln stehen. Anlangend jene erstere Frage, so verschieben wir es zwar zu erörtern, was uns bei der Competenzfrage von entscheidender Bedeutung zu sein scheint; hier können wir aber doch berühren, daß die Beweise für die vermeintliche Selbstständigkeit, wenn auch nur der Diffamationsklage, auf historischem Wege uns nichts weniger als erbracht erscheinen. Ein selbstständiger Name für diese Provocation ist zugestandenermaaßen erst ein Erzeugniß neuerer Zeit (z. B. condictio, remedium ex l. diff.). Der Jahrhunderte lang durchstehende Ausdruck ist: imploratio officii judicis, in welchem grade unsere Auffassung von dem ausnahmsweisen, aber nothwendig gewordenen Ausgleichen einer im gewöhnlichen Rechtsgange entstehenden oder entstehen könnenden Ungerechtigkeit durch das über den Parteien stehende Richteramt sich abspiegeln möchte. Wenn dabei auch von den alten Commentatoren, z. B. von Baldus, und grade als Bemerkung zur L. si contendat, das Wort agere gebraucht wird, so fehlt daneben doch nicht das per officium judicis, woraus sich ergiebt, daß an ein agere im technischen Sinne nicht gedacht wird. Eine Stelle des Bartolus auch zur L. si contendat beschäftigt sich mit der Frage, welcher der Richter sein müsse, cujus officium implorabitur. Man nehme gewöhnlich an, es müsse der judex appellationis sein, da es sich um eine Art Appellation handele. Bartolus aber sagt, der judex principalis causae sei es, und motivirt dies dadurch, daß, wenn die Einrede bei Gelegenheit der angebrachten Hauptklage vorkomme, natürlich der Richter dieser über jene auch entscheide. So müsse es auch verhalten werden, wenn die Einrede per officium judicis vorgebracht werde. Nur sei dabei zu bemerken; quod quando istud officium judicis imploratur a reo, cui exceptio competit, poterit ista reductio peti coram judice ipsius rei, licet non sit judex actoris. Denn dahin hätte der Kläger sich ja auch wenden müssen, wenn er zuerst aufgetreten wäre.*) Es dürfte doch

*) Die Stelle ist bei Muther, S. 102, abgedruckt. Muther glaubt daraus folgern zu können, daß Bartolus das remedium als eine selbstständige

gewagt erſcheinen, hieraus zu ſchließen, Bartolus habe das remedium als eine ſelbſtſtändige Klage angeſehen. Der ſpätere († 1445) Tudeſchi motivirt ſeine Anſicht, daß das Forum des Provocanten anzugehen ſei, gerade durch den Satz: causa naturalis (die Hauptſache) vincit accidentalem. Baldus († 1400), mag er auch lediglich an eine coram judice vorgebrachte Berühmung mit einer Criminalanklage denken, ſagt bezüglich der provocatio, bei derſelben bedürfe es keiner litis contestatio „quia talis petitio tendit ad praeparationem causae", wo denn der präparatoriſche Character gradezu behauptet wird. Wenn der ältere (Marianus) Socinus († 1470) *) behauptet, das forum diffamationis wirke keine Prävention für die Hauptſache, es ſei denn, daß der Provocant ſelbſt die Hauptſache ſofort mit hereinziehe, indem er zu entſcheiden bitte, se non teneri ad summam etc. (was man, wie früher erwähnt, damals ſchon als zuläſſig annahm), ſo hat er, ſelbſt wenn er von separatae causae ſpricht, wohl nicht daran gedacht, eine ſelbſtſtändige Klage in dem Sinne aus der Provocation zu machen, daß das actor sequitur forum rei Anwendung fände. Er ſagt vielmehr deutlich nur: der Kläger in der Hauptſache iſt nicht immer an das vom Imploranten aufgeſuchte judicium gebunden und ſcheint in Gedanken vorauszuſetzen, es ſtänden dem Provocanten mehrere fora zu; wenn derſelbe deren eines angehe, ſo ſei dadurch nicht die Wahl des Klägers hinſichtlich der übrigen ausgeſchloſſen. Daß man ſpäter, als man das diffamare ſogar ſchon als ein litem movere auffaßte, noch weniger an eine ſelbſtſtändige Provocationsklage dachte, braucht kaum erwähnt zu werden. Dagegen iſt allerdings richtig, daß bei einzelnen Italieniſchen, mehr noch bei den Deutſchen Juriſten, auch in der Kammergerichtspraxis für den Provocanten der Ausdruck „Kläger" vorkommt, daß von „Diffamationsklagen", „processus diffamatorius" u. ſ. w. geſprochen wird, aber dabei wird doch auch immer von Anderen wieder daran erinnert (Ayrer, Carpzow, Ludovici), **) der Provocant ſei kein rechter Kläger und das actor sequitur forum rei wird durchgängig als auf ihn unanwendbar zurückgewieſen, um das es bei der Anſicht ſich doch ſo ziemlich allein handelt, was der Hauptvertreter dieſer Anſicht in neuerer Zeit, Muther, ***) ſelbſt einräumt.

Die zweite der oberwähnten Fragen anlangend, ſo haben hier in Theorie wie Praxis allerdings ſich ſtarke Auswüchſe gezeigt. Auch iſt es weiter einzuräumen, daß man nicht berechtigt iſt, hier von dem Satze Gebrauch zu machen, außerordentliche Rechtsmittel ſeien immer ſubſidiair, wie z. B. die rest. in int., und weiter zu ſchließen, die provocatio ſei, wie auch die Kammergerichtsordnung cit. III, 3 annimmt, eine imploratio judicis, daher ein rem. extraordinarium. Die Provocationen, wenn auch durch das gefühlte Bedürfniß hervorgerufen, ſind in der That kein außerordentliches Rechtsmittel ****), das nur da anzunehmen iſt, wo gegen in concreto geſchaffenes formelles Recht Hülfe gewährt werden ſoll. Davon iſt bei den Provocationen nicht die Rede, wenn ſie auch in der Anwendung dadurch beſchränkt ſind, daß der Grundſatz nemo invitus etc. nicht ohne Nothwendigkeit bei Seite geſetzt werden darf. Dagegen wird man die durch ſie gewährte Hülfe auch wieder ganz mißverſtehen, wenn man ſie unnöthiger Weiſe geſtattet, †) alſo eine Concurrenz mit vorhandener anderweitiger Hülfe (durch zur Seite ſtehende Klage) zuläßt.

Klage angeſehen habe. Die gleich folgenden Stellen, daſ. S. 103, S. 104.

*) Bei Muther, S. 79.

*) S. bei Muther, S. 107 ff.

**) A. a. O., S. 189 ff.

***) Francke, Proceß, II, S. 55, nennt die Provocation auch ein außerordentliches Rechtsmittel, womit aber weder die beigefügte Definition (die vielmehr nur den ſubſidiairen Character umſchreibt) noch die ſpäter S. 277 ff. gegebene Unterſcheidung von ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln ſtimmt. Das Oberappellationsgericht betont in der von Francke citirten Stelle, Anz. 1843, S. 372, auch nur die Subſidiarität.

†) Daher denn ein Schluß von dem nicht außerordentlichen Character auf einen auch nicht ſubſidiairen unberechtigt iſt, Linde, Lehrbuch, § 336, und die dort citirten.

Digitized by Google

Es ist schon früher darauf aufmerksam gemacht, wie Baldus die Provocation nur loco deficientis actionis gestattet, und schon vor ihm hält Bartolus*) die prov. ex l. si cont. nur in Ermangelung anderer gewöhnlicher Hülfsmittel für zulässig. Diese Ansicht hat auch durch alle Zeiten ihre Anhänger gefunden, und möchte heut zu Tage wieder die gemeine Meinung genannt werden dürfen. In der vaterländischen Praxis ist sie noch in neuester Zeit festgehalten, wie denn bei unseren höheren Gerichten überhaupt ein freilich nicht durchweg zu billigendes Bestreben (s. unten) geherrscht hat, das Terrain der Provocationen zu beschränken. — Die in Rede stehende Frage betreffend, so geht schon eine Aeußerung des vormaligen Schleswigschen Obergerichts (Anz. 1849, S. 192) dahin, wenn dasselbe in einem concreten Fall, in welchem es die prov. ex l. diff. für zulässig erklärte, sagt, es stehe dem Provocanten keine Klage zu Gebote, mittelst deren er zu demjenigen Zwecke gelangen könnte, welchen er durch die Provocation erreichen wolle.**) Directer noch spricht sich das Holsteinische Obergericht aus, Anz. 1863, S. 12, unter Hinweis auf die vom Oberappellationsgericht in einem (in Seuffert's Archiv, 9, S. 113 mitgetheilten) Erkenntniß niedergelegte gleiche Ansicht, in dem es die Subsidiarität des rem. als eine anerkannte bezeichnet und dabei äußert, daß eben deshalb die Provocation bei dinglichen Klagen seltener, wenn auch möglich, seien, worüber, indem wir zu den Voraussetzungen und dem Umfang derselben im Einzelnen übergehen, nunmehr das Nähere zu erörtern ist.

(Die Fortsetzung folgt.)

*) Martin, a. a. O., S. 322.

**) Nach einem frühern Ausspruch desselben Obergerichts, daß nach einer daselbst geltenden Praxis „Befehle zum Klagen in allen Fällen abgegeben zu werden pflegen, in welchen eine der Parteien ein Recht in Anspruch nimmt, dessen Existenz oder Umfang von anderer Seite bestritten wird," würde, insbesondere unter Berücksichtigung des concreten Falls, die Provocation nicht subsidiair sein. In dem Provocationslibell war zwar eingeräumt, daß der Provocat die Vergünstigung erhalten habe, Feuerung über des Provocanten Hofplatz in seine Scheune zu bringen, welche Vergünstigung aber zurückgenommen sei, in Folge dessen Provocat grade behauptete, ihm sei die Vergünstigung so lange zugestanden, als Provocant Eigenthümer des Grundstücks sei, das Oberappellationsgericht hob das vom Schleswigschen Obergericht abgegebene Provocationsmandat wieder auf, weil die Provocationen nur ein aushülfsweise gestattetes Rechtsmittel seien, in obstehendem Fall aber, wo nur der Umfang des Rechts bestritten, Provocat auch unbestritten im Quasibesitz sei, gegen denselben dem Provocanten eine Klage zur Seite stehe, Anz. 1843, S. 372. Die Subsidiarität erkennt das Holsteinische Obergericht auch schon, Anz. 1847, S. 193, und 1852, S. 346, an in Fällen, die später näher zu erwähnen sind. Wenn an letzterer Stelle in einer Note unter Hinweis auf den erwähnten Schlesw. Rechtsfall gesagt wird, das Schleswigsche Obergericht sei auch der Ansicht, so ist das ein Irrthum. Beiläufig mag hier auch auf Anz. 1840, S. 188, aufmerksam gemacht werden. Eine vom Gläubiger gegen den Schuldner impetrirte Pfändung wird auf Protestation eines angeblichen Käufers der zu pfändenden Sachen von der Behörde nicht ausgeführt. Hier dem Gläubiger eine provocatio ad agendum des Käufers zu gestatten, würde mehr sein, als die Subsidiarität des Rechtsmittels leugnen.

Entscheidungen.

Der Obmann eines Schiedsgerichts ist zur Abgebung einer von den Aussprüchen der Schiedsrichter abweichenden Entscheidung befugt. — Unter welchen Voraussetzungen ein Schiedsspruch vor dem ordentlichen Richter angefochten werden könne.

In Sachen des Steinhauers Mahnke in Kiel, Imploranten,

wider

die städtischen Collegien der Stadt Kiel, Imploraten,

betreffend die Rechtsbeständigkeit eines von dem Wegeinspector Nönchen als Obmann abgegebenen Schiedsspruchs s. w. d. a.,

Digitized by Google

ergeben die Acten:

Der Implorant hat von der städtischen Baucommission zu Kiel den Transport eines Quantums von mindestens 3000 Pott Füllerde aus dem Schreventeich nach dem kleinen Kiel übernommen. Für die Ausführung dieser Arbeit in der unter den Contrahenten näher festgestellten Weise erhält er eine Vergütung von 9 ℔ R.-M. für den Pott. Die Baucommission hat sich jedoch das Recht zu Abänderungen vorbehalten und es ist in dieser Beziehung bestimmt, daß wesentliche Abänderungen nach der Schätzung zweier unparteiischer Sachverständigen, von denen die Baucommission den einen, der Uebernehmer den andern wählt, in ihren Preissätzen festgestellt werden sollen, im Fall aber die Sachverständigen sich über den Preis nicht einigen können, dieser durch einen von dem Uebernehmer aus drei durch die Baucommission vorzuschlagenden Männern gewählten Obmann festzustellen ist.

Ein Fall dieser Art ist eingetreten. Bei dem Fortgang der Arbeit zeigte sich nämlich, daß die Made im kleinen Kiel nicht in dem erwarteten Maaße durch die aufgeschütteten Erdmassen niedergedrückt, sondern zum großen Theile nur weggedrängt und vor dem aufgeworfenen Damm in die Höhe getrieben wurde. Es ward deshalb zur Verminderung der demnächstigen Ausbaggerungskosten beschlossen, nicht mehr vom Ufer aus mit der Zuschüttung vorzugehen, sondern zuvörderst an dem äußeren Rande der auszudeichenden Strecke einen Damm durch das Wasser zu führen, um so die Made am Ausweichen zu hindern. Für die Herstellung dieses Dammes mußte dem Imploranten eine besondere Vergütung außer der Accordsumme von 9 ℔ R.-M. für den Pott gewährt werden.

Zur Feststellung dieser Vergütung wurden in Gemäßheit der Vereinbarung Sachverständige, von dem Imploranten der Ingenieur Bargum, von der Baucommission der Bauunternehmer Bichel, gewählt. Diese traten zusammen, konnten sich aber über den Betrag der Vergütung nicht einigen, indem dieser von dem Ersteren zu 5 ℔, von dem Letzteren zu 3 ℔ 47 ß für den Pott bestimmt ward.

Die Baucommission schlug nun zu Obmännern den Oberstlieutenant v. Wenck und die Wegeinspectoren Jessen und Rönchen vor. Implorant wählte den Letztern; dieser übernahm die Function und gab am 3. März d. J. eine Entscheidung ab, in welchem er sich keinem der beiden Schiedsrichter angeschlossen, sondern dem Uebernehmer nur 2 ℔ 64 ß R.-M. für den Pott, so wie außerdem die runde Summe von 560 ℔ für das erkennbare größere Risico beim Befahren des Dammes und für den Fall unvorhergesehener und unvermeidlicher Unglücksfälle eine weitere demnächst schiedsrichterlich festzustellende Vergütung zugesprochen hat.

Der Implorant hält diese Entscheidung für nichtig. Nach seiner Ansicht ist der Obmann nur befugt, einem der beiden Schiedsrichter beizutreten oder allenfalls hier, wo es sich um eine Summe handelt, auf einen Betrag zu erkennen, welcher zwischen dem Maximum und dem Minimum der Schiedsrichter liegt; das Erkenntniß des Obmanns bestimme aber die Vergütung theils auf einer anderen Grundlage, indem nur eine mittlere Transportweite von 7½ Ruthen angenommen sei, während die Parteien selbst eine solche von 10 Ruthen anerkannt hätten, theils nach einem andern Maaßstabe, indem nicht die ganze zu zahlende Vergütung nach Pott berechnet werden, und wenn der Damm mehr als 672 Pott Erde erfordere, was jedenfalls hier, wo es sich um einen Bau im Wasser handle, als möglich angenommen werden müsse, so sinke die von dem Obmann bestimmte Summe selbst unter den geringsten von den Schiedsrichtern festgestellten Betrag hinab.

Die Baucommission hält dagegen den Obmann für befugt, seinen Spruch unabhängig von den Schiedsrichtern abzugeben und daher die in Rede stehende Entscheidung für rechtsbeständig.

Beide Theile haben sich, die Baucommission mit Zustimmung der städtischen Collegien, geeinigt, diese Streitfrage ohne förmlichen Proceß zur compromissorischen Entscheidung des Holsteinischen Obergerichtes zu bringen, und es ist in Folge dessen von dem Imploranten unterm 16. Mai d. J. eine gegen die städtischen Collegien gerichtete Vorstellung eingereicht worden, über welche der Magistrat der Stadt Kiel Namens der städtischen Collegien am 16. September d. J. seine Erklärung beschafft hat. Jede der Parteien hat in ihrer Eingabe die für ihre Ansicht sprechenden Rechtsgründe dargelegt und entwickelt, so wie einen denselben entsprechenden Antrag gestellt.

Digitized by Google

Es ſteht daher zur Frage, ob die von dem Wegeinſpector Nönchen als Obmann abgegebene Entſcheidung für nichtig zu erachten iſt.

In Erwägung nun, daß in dem 14. Paſſus der zwiſchen dem Imploranten und der ſtädtiſchen Baucommiſſion zu Kiel am 10. Januar d. J. errichteten Appunctuation beſtimmt worden iſt, daß, wenn die Sachverſtändigen ſich über den Preis der durch weſentliche Abänderungen des urſprünglichen Planes herbeigeführten Arbeiten nicht einigen können, ſelbiger durch einen Obmann, der durch den Uebernehmer aus drei durch die Baucommiſſion vorzuſchlagenden Männern gewählt wird, feſtzuſtellen iſt;

in Erwägung, daß, da hier nicht von einem Ausſchlaggeben des Obmanns bei divergirenden Ausſprüchen der Schiedsrichter, ſondern von einer Feſtſtellung des Preiſes durch ihn die Rede iſt, der Wortlaut der getroffenen Vereinbarung gegen die Intention des Imploranten ſpricht, für die es daher einer von dieſem Wortlaute abweichenden Auslegung der fraglichen Vereinbarung bedürfte;

in Erwägung aber, daß es zu einer ſolchen beſchränkenden Interpretation an aller Veranlaſſung fehlt, da die gemeinrechtliche Theorie, welche ſich namentlich auf den Ausſpruch der L. 17 § 6 D. de receptis:

> Usitatum est, etiam in duos compromitti et debet Praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligeri personam, cujus autoritati pareatur,

ſtützt, faſt einſtimmig der Anſicht iſt, daß der Obmann eine ſelbſtſtändige Entſcheidung abzugeben habe, auch eine von dieſer Theorie abweichende Praxis, gegen deren Exiſtenz mit Rückſicht auf dieſe Anſchauung der Theorie ſchon von vorne herein die Vermuthung ſtreitet, nicht nachgewieſen iſt und ſich daher nicht annehmen läßt, daß die Parteien den Obmann in der vom Imploranten jetzt für die richtige erklärten Weiſe in ſeiner Function haben beſchränken wollen; und

in Erwägung endlich, daß eben ſo wenig der Ausſpruch des Obmanns aus dem Grunde angefochten werden kann, weil er bei Abgebung deſſelben von verkehrten factiſchen Vorausſetzungen ausgegangen ſei, weil, abgeſehen von dem Ungrunde dieſer Behauptung, ein Schiedsſpruch bei dem ordentlichen Richter nur aus ſolchen Gründen, welche auch die Nichtigkeit eines richterlichen Erkenntniſſes herbeiführen würden, alſo nicht wegen materieller Unrichtigkeit, angefochten werden kann;

wird dem Imploranten auf ſeine sub praes. den 16. Mai d. J. hieſelbſt eingereichte Vorſtellung und Bitte, nach darüber eingezogener Erklärung der Imploraten, hiedurch von Obergerichtswegen zum Beſcheide ertheilt:

> daß der von ihm geſtellte Antrag, daß das am 3. März d. J. von dem Wegeinſpector Nönchen als Obmann abgegebene Erkenntniß für ungültig erklärt werden möge, für unbegründet zu erachten ſei.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holſteiniſchen Obergerichte zu Glückſtadt, den 24. December 1863.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

5. Stück. — Den 1. Februar 1864.

Ueber
provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Fortsetzung.)

Voraussetzungen und Umfang der Provocation.

A. Ex lege diffamari.

§ 7.

Darüber, daß es nur zwei Arten von Provocationen geben könne, ist man heut zu Tage so ziemlich einig. Die weitere Erörterung hat sich daher auch nur mit diesen beiden zu beschäftigen, und zwar in der zwiefachen Richtung einmal des wann? und wie weit? sie anwendbar sind, darnach, wie das Verfahren bei ihnen beschaffen ist. Wir werden demnächst sehen, daß letzteres für beide Arten, da sie auf derselben rechtlichen Basis ruhen und im Allgemeinen denselben Endzweck verfolgen, ein im Wesentlichen gleiches sein müsse, und daher am richtigsten nur von einem einzigen Provocationsverfahren gehandelt wird. Allein es wird sich dabei wieder auch zeigen, daß das Verschiedene in den beiden Arten einzelne Abweichungen im Verfahren gebietet. Das Gemeinschaftliche in den Voraussetzungen der Anwendbarkeit beider Arten ist aber, in Folge des verschiedenen Anlasses, so gering, das Auseinandergehen so bedeutend, daß eine getrennte Behandlung dieser resp. Voraussetzungen als nothwendig sich von selber an die Hand giebt. Wir betrachten in dieser Beziehung zuerst die sogenannte Diffamationsklage, und beginnen mit deren Veranlassung selber.

a. Beschaffenheit der Berühmung. Form wie Inhalt derselben müssen bestimmt sein*), was Folgendes besagen will. Der Diffamant muß das Recht, dessen er sich berühmt, für sich in Anspruch nehmen, d. h. sich als das zur Klage berechtigte Subject darstellen. Derjenige, welcher ausspreng, daß Jemand einem Dritten schulde, selbst wenn er dabei keinen autor nennt, von dem er die Behauptung überkommen habe, kann dadurch eine Injurie begehen, niemals ist er aber Diffamant, sofern man nicht eine prov. ad probandum zuläßt. Der Diffamant muß sich weiter einem bestimmten Diffamaten gegenüber berühmen, und zwar dahin, daß dieser auch der Beklagte im Hauptprocesse sein könne. Eine sehr wichtige Anwendung dieses Grundsatzes wird zweckmäßiger besprochen, wenn von den Arten berühmter Ansprüche zu reden ist. Daß der Diffamat aber namentlich bezeichnet sei,**) ist nicht erforderlich, sondern nur, daß er aus den nebenher erwähnten Umständen als ein bestimmt erkennbares Individuum hervortete. Auch von diesem Satze wird sich unten geeigneter eine specielle Anwendung hervorheben lassen. Unerläßlich ist ferner, daß der Diffamant sich

*) J. R. A., § 83, „— es wäre denn die Diffamation in specie namhaft gemacht."

**) So Heimbach in Weiske's Rechtslexionen, 8 S. 543.

Digitized by Google

bestimmter Ansprüche berühme, da unbestimmte, allgemein lautende, zweideutige Aeußerungen*) eine ausreichende Auflage an den Diffamaten gar nicht möglich machen; wieder aber ist nicht erforderlich, daß die Ansprüche speciell genannt werden; es genügt, daß der Diffamant Thatsachen benenne, aus welchen, wenn sie wahr wären, ihm bestimmte Ansprüche gegen den Diffamaten zustehen würden.**) Daß eine ausgesprochene Berühmung im Ernste gemeint sei, ist natürlich nothwendig; indeß spricht dafür schon die Präsumption, und ein Berufen des Diffamanten auf das Gegentheil muß sich sogleich aus den begleitenden Umständen erkennen lassen. Das Kundgeben selber ist seinem Begriffe nach selbstverständlich ein dem Diffamanten bewußtes: ob der kundgegebene Anspruch aber ein irrthümlich angenommener oder ein als nicht existirend gewußter ist (L. 5 C. „— seu errore seu malignitate —", Anz. 1838, S. 181), ist völlig gleichgültig. Wir haben früher hervorgehoben, daß die Glossatoren und Commentatoren des Römischen Rechts in Diffamationsfällen die Befürchtung, daß der Diffamant absichtlich mit der Klage zögere, um demnächst zur Unzeit zu klagen, zur Motivirung des Klagezwangs mit benutzen. Im Laufe der weiteren Entwickelung der Provocation ist aber dies Motiv immer mehr zur Seite gestellt, und kommt es überhaupt heut zu Tage weder auf eine Absicht des Diffamanten, dem Gegner durch die Diffamation selbst oder durch den in Aussicht gestellten Proceß einen Nachtheil zuzufügen, noch auch, abgesehen von dieser Absicht, auf die objective Möglichkeit eines solchen Nachtheils an.***) Es versteht sich freilich, daß jeder Anspruch immer für das Vermögen des Gegners ein Passivum, wie er es sein will, auch muß sein können, so daß also in so fern in jeder Berühmung ein dem gegnerischen Vermögen in Aussicht stehender Nachtheil angedeutet wird und, wie schon bemerkt, weiß der Diffamant das oder muß es wissen. Hiemit hängt die später zu erwähnende Voraussetzung zusammen, daß ein solcher Nachtheil auch wirklich als realisirbar, d. h. agendo verfolgbar, sich darstellen muß. Hier ergiebt sich aus Obigem für uns die Folgerung, daß eine besondere Bedrohung mit der Geltendmachung des berühmten Anspruchs oder eine besonders verletzende und nachtheilige Weise des Berühmens nicht erforderlich ist, Anz. 1838, S. 181; 1863, S. 12. Weiter ergeben sich daraus Folgerungen für die Art der Kundgebung; auf ein Berühmen in dem Sinn von Verbreiten, also mit der Nebenbedeutung des verleumdenden Ausstreuen (worauf auch einige Italienische Juristen Gewicht legen),*) kann es nicht mehr ankommen, wenn schon die sich, wie immer, kundgebende Anmaaßung (das ist sie immer vom Standpunkt des Diffamaten) diesen als des Rechtsschutzes bedürftig zeigt, Anz. 1863, S. 12. Ja, man wird consequent in jeder Mahnung unter vier Augen, in der Zusendung eines Briefes,**) sogar einer bloßen Rechnung, sofern eben damit eine bestimmte Zahlungsaufforderung verbunden ist, eine die Provocation begründende Berühmung finden, während in der alleinigen Zusendung einer Rechnung, z. B. am Jahresschluß, eine Diffamation deshalb noch

*) Anz. 1863, S. 11, „Eigenthums- und privatrechtliche Ansprüche."

**) Francke, Proceß. II, S. 60; Anz. 1838, S. 181, H. Angabe der außerehelich Geschwängerten über den Schwängerer bei der Hebamme oder im Kirchenbuche, 1849, S. 190, Schl. Der Erwerb einer Forderung durch Cession, während der Schuldner den Empfang der valuta ganz oder theilweise leugnet. In Holstein würde hier, wenigstens intra biennium, der Provocation die Subsidiarität fehlen.

***) Das Lübecker Oberappellationsgericht (s. die Hamburger Sammlung von dessen Erkenntnissen, III, S. 79) betont, daß es des Nachweises eines besondern Interesses, welches der Provocant bei der Klaganstellung habe, nicht bedürfe. Die Provocation finde ihre Begründung schon in der Thatsache, daß Provocat sich eines klagbaren Anspruchs berühme, den Provocant anzuerkennen nicht Willens sei.

*) So wie es scheint, auch noch Linde, § 335, wenn er ein „fortgesetztes Ausstreuen unwahrer Behauptungen" verlangt.

**) Leyser, med. spec. 81, m. 2. Früher verstand man unter Diffamation, etwas eingeschränkter, immer eine Mittheilung an Dritte; so sagt Bart. Blarer (1570), die Aeußerung könne vel in coetu, vel coram pluribus, vel etiam coram paucis statthaben, commentatio ad l. diff., c. 2. Eine ähnliche Ansicht, nur daß er das coram paucis wegläßt, giebt schon Marianus Socinus (1480), cons. vol. I, cons. 45, Nr. 3. S. bei Muther, S. 82.

Digitized by Google

nicht wird liegen können, weil, wenn auch selbstverständlich eine Rechnung zugesandt wird, damit sie getilgt werde, doch immer dabei als stillschweigende Voraussetzung anzunehmen, daß der Debitor seinerseits die Richtigkeit prüfen möge, ehe er zahle.

Ob die Kundgebung nur eine freiwillige sein dürfe oder ob auch schon eine nothgedrungen abgegebene eine Berühmung enthalte, wie zur Provocation erforderlich, möchte in Bezug auf eine bestimmte Veranlassung, wie sie ja jeden Tag vorkommt, fraglich sein. Wenn man sagt, daß sowohl eine außergerichtliche als eine gerichtliche Kundgebung eine Diffamation sei, so hat die Hervorhebung dieser verschiedenen Oertlichkeit der Kundgebung im Grunde keine Bedeutung, da, wenn wirklich eine Berühmung vorliegt, der Ort, wo solche geschehen, gleichgültig ist. Die Frage ist aber, ob jedes Kundgeben vor Gericht schon deshalb, weil es dort geschehen, eine genügende Berühmung enthalte.

Bezüglich der Ansprüche, die schon agendo geltend gemacht worden, ist der Begriff der Diffamation theils nicht nöthig, theils gar nicht denkbar, weil das, was der Provocationsproceß erreichen will, ja vorliegt. In einer Klagerhebung liegt natürlich immer das, was den Begriff der Diffamation sonst wohl zu bilden vermöchte; aber wäre der Kläger (und der Fall wäre nur beachtenswerth) in irgend einem Stadium des Processes contumax in dem, was ihm als Kläger eben zu thun obliegt, so hat die Proceßordnung dem Beklagten schon ausreichende anderweitige Mittel an die Hand gegeben, um die Sache definitiv zu ordnen.*) Auch wenn eine Klage angebrachtermaaßen abgewiesen, mithin die Erhebung einer neuen denselben Anspruch verfolgenden möglich ist, würde eine Provocation auf Grundlage der ersteren zur Erhebung der letzteren nicht zulässig erscheinen; denn ein anderes, als womit er bereits abgewiesen ist, hat der Kläger nicht behauptet und in dieser angebrachten Begründung ist der Anspruch erledigt, daß auf der andern Seite die Erwähnung im Klaglibell von sonstigen Ansprüchen, die mit dem augenblicklich verfolgten nichts zu schaffen haben, etwa nur illustrationis causa angeführt sind, eine den Provocationsproceß begründende Berühmung enthalten, braucht nicht näher erörtert zu werden. In der Mitte liegt scheinbar noch ein drittes, um das es sich auf Seiten eines Klägers eigentlich handeln möchte. Wenn ein Rechtsanspruch verfolgt wird, der zu seiner Begründung das Vorhandensein eines anderweitigen Rechts voraussetzt, wie z. B. die Verfolgung einer Mühlencontravention nur denkbar ist, wenn dem Müller ein Mühlenzwangsrecht zusteht, Anz. 1847, S. 192, so läßt sich wohl denken, daß, obwohl der Müller, wie er muß, den Contraventionsfall durch Berufung auf dieses sein Recht mit begründen muß, der Beklagte in seiner Vertheidigung sich lediglich auf ein Ablehnen des Contraventionsfactum beschränkt und wegen mangelnden Beweises die Klage schon deshalb zurückgewiesen wird. Könnte nun hinterher der Contravenient gegen den Müller als Provocant auftreten, damit dieser sein berühmtes Mühlenzwangsrecht gegen ihn agendo verfolge? Es ist dies zu verneinen, denn der Beklagte hätte es schon im Contraventionsproceß erreichen können, daß der Müller den Quasibesitz seines Rechts oder sein Recht selbst nachweise; es ist lediglich seine Schuld, wenn das unterblieb und in Folge dessen dieser Quasibesitz als eingeräumt angenommen ward. Man kann also sagen: so weit das Vorbringen des Klägers sich auf den eingeklagten Anspruch und dessen Begründung bezieht, ist der Begriff der Diffamation ausgeschlossen.

Schwieriger ist die Frage auf Seiten des Beklagten, freilich in so weit nicht, als die Vertheidigung vom Richter berücksichtigt, d. h. resp. anerkannt, zurückgewiesen oder angebrachtermaaßen zurückgewiesen ist, oder aber das Vorbringen überhaupt nicht zur Vertheidigung verwandt worden ist; dort sind die Ansprüche erledigt, hier liegt eine Diffamation vor. Es handelt sich demnach nur noch um solche vertheidigungsweise vorgebrachte Ansprüche, die der Richter überging, weil er auch ohne solche die Vertheidigung ausreichend fand. Gewiß ist, daß ein solches Vorbringen in gegebener Veranlassung geschehen ist; der Beklagte ist erst damit hervorgetreten, als der Kläger ihn gerichtlich belangt hatte; andererseits ist doch der Anspruch kund gegeben und unerledigt geblieben.

*) Cf. Verordnung vom 14. Juli 1863, betreffend die Folgen des Ungehorsams der Parteien in der ersten Instanz des Civilprocesses, speciell den § 5.

Digitized by Google

Eine Berühmung ſollte man nun wenigſtens da nicht finden wollen, wo der Beklagte neben anderen Vertheidigungsgründen den einen nur als einen eventuellen ſelber bezeichnet, d. h. als einen nur zu benutzenden, wenn jene nicht ausreichen, denn grade der Fall, für welchen er ihn nicht vorgebracht haben will, iſt eingetreten, und der Vertheidigungsgrund kann nicht mehr als vorgebracht angeſehen werden. So iſt die Sachlage in dem Anz. 1863 S. 12 mitgetheilten Rechtsfall. Die Entſcheidungsgründe des Holſteiniſchen Obergerichts daſelbſt lauten aber genereller und ſprechen jedem, vertheidigungsweiſe, vorgebrachten Anſpruch den Character der Berühmung ab, eben weil ſolcher nothgedrungen vorgebracht werde.*) Das Darmſtädter Oberappellationsgericht z. B. hat dagegen die gegentheilige Anſicht ausgeſprochen,**) die auch ſonſt Anhänger findet. Die erſtere dürfte die richtigere ſein; denn man darf bei dem Begriff der Berühmung das Moment des freiwilligen Vorbringens nicht außer Acht laſſen, und grade dies Moment fehlt in der Vertheidigung, die immer als eine durch die Klage erzwungene, mithin nothgedrungene anzuſehen iſt. Auch kommt ein anderer Grund hinzu; ein Anſpruch, wenn er auch nur noch als obligatio naturalis exiſtirt, kann doch excipiendo geltend gemacht werden, aber nicht agendo. Nun iſt aber nicht nothwendig, daß die Vertheidigung auf den Character der obligatio aufmerkſam mache, denn die Intention iſt gar nicht, die Klagbarkeit des Anſpruchs zu betonen; doch wäre das erforderlich, wenn man den Begriff der Diffamation in dem exceptiviſchen Vorbringen finden will. Eine Berühmung nimmt das Holſteiniſche Obergericht überhaupt nicht an, wenn die Berufung auf ein Recht in Veranlaſſung der von einer Behörde geforderten Erklärung geſchieht, wie z. B. in dem Anz. 1852, S. 345 ff., mitgetheilten Fall, in welchem der Erbpachtsmüller gegenüber dem, wie es ſcheint, zur Erklärung ihm mitgetheilten Geſuch eines andern Müllers um Erbauung einer Windmühle ſich auf ſein jus exclusivum berufen hatte. Die Richtigkeit dieſer Anſicht wird nicht zu beſtreiten ſein, weil in ſolchem Fall die Freiwilligkeit des Vorbringens fehlt, da der vermeintliche Diffamant nur die Alternative hat, zu ſchweigen, d. h. aber hier ſtillſchweigend anzuerkennen oder Einſprache zu erheben. Auf gleichem Grunde wird die Unzuläſſigkeit der Provocation, z. B. bei einer ſtattgehabten operis nov. nunt., beruhen.*) Und hierher ſcheint endlich auch zu gehören, wenn der Diffamat der gegen ihn gerichteten Berühmung mit einer andern Berühmung, die jene nur beſeitigen ſoll, entgegentritt, vorausgeſetzt, daß dabei die Grenzen der gegebenen Veranlaſſung nicht überſchritten werden.

Es iſt die Frage aufgeworfen worden, ob auch der Cridar ad agendum provociren könne, und hat man**) auf Grund der Delictstheorie die Antwort dahin gegeben: während des Concurſes habe der Cridar keine öconomiſche Ehre verloren, mithin könne kein Angriff darauf geſchehen, alſo auch keine Aufforderung zu Klagen zuläſſig ſein; eben ſo wenig könnten nach beendigtem Concurſe ſolche Gläubiger provocirt werden, welche mit ihren anerkannten Forderungen ganz oder theilweiſe ungedeckt geblieben, da der Cridar ſich hier nur durch Zahlung ſchützen könne; wohl dürfe aber alsdann derſelbe diejenigen Gläubiger zum Klagen auffordern, welche nicht am Concurſe theilgenommen, denn die Diffamation geht dann nicht gegen den Cridar als einen, der die öconomiſche Ehre verloren, ſondern gegen eine Perſon, die ſie möglicherweiſe wieder erlangt habe. Hierzu iſt zu bemerken: da der Concurs eben zur Aufgabe hat, die gerichtliche Erledigung ſämmtlicher vermögensrechtlicher Beziehungen zu erzielen, ſo läßt ſich daneben der Begriff der Diffamation gar nicht mehr denken, und das, was dieſen Begriff ſonſt ausmacht, geſetzt, es wäre auch von einem Gläubiger ausgegangen, der ſich nicht auf das Proclam gemeldet hätte, wäre entweder ganz irrelevant oder enthielte eine Injurie. Jedoch gilt dies nur unbedingt bezüglich der im Augenblick der Concurserklärung vorhandenen Vermögensmaſſe. Streitig iſt bekanntlich

*) Dafür auch das Lübecker Oberappellationsgericht bei Seuffert, Archiv, III, S. 445.

**) Archiv für practiſche Rechtswiſſenſchaft, Bd. IX, S. 284.

*) Seuffert, Archiv, V, S. 88. Oberappellationsgericht zu Celle.

**) Muther, a. a. O., S. 138.

Digitized by Google

die Frage, ob durante concursu vom Cridar neu erworbene Güter mit zur Maſſe zu ziehen ſind, Anz. 1852, S. 171 ff. Verneint man die Frage, ſo räumt man damit zugleich ein, daß der Cridar in Bezug auf dieſe Güter dispoſitionsfähig ſei und die an dieſe Güter berühmten Anſprüche wird der Cridar auch zur gerichtlichen Geltendmachung provociren können. Endlich wird der Cridar durante concursu wegen ſolcher ihm zugemutheten Verpflichtungen, die eine höchſt perſönliche Beziehung haben, alſo nicht mit in den Concurs zu ziehen wären, ad agendum provociren können. Nach beendigtem Concurſe kann ein unbefriedigt gebliebener Profitent nur dann ſein Nachforderungsrecht geltend machen, wenn er zugleich die Zahlungsfähigkeit des ehemaligen Cridars nachweiſt. Eine Berühmung eines ſolchen Profitenten müßte daher, wenn ſie Bedeutung haben ſoll, eben auf dieſen Punkt mit gerichtet ſein und, wenn das, ſo iſt nicht abzuſehen, warum nicht der Cridar, um der Vexationen ledig zu werden, ſollte ad agendum provociren können. Die Delictstheorie kommt ja hinſichtlich der hinterher berühmenden Nichtprofitenten zu demſelben Reſultat, nur darf man wieder nicht an öconomiſche Ehre u. dgl. denken. Die behauptete Klagbarkeit oder das Aufhören des Schutzes der cessio bonorum durch Wiedergewinn ausreichender Güter, das iſt es, was die Provocation verfolgen kann und ſoll.

Der Uebergang der ſog. Diffamationsklage, wenn man dieſe nur nicht als eine vindictam spirans auffaßt, auf die Erben des Diffamaten kann keine Schwierigkeit haben; ſo weit dieſe Erben den Erblaſſer zu vertreten verpflichtet ſind, müſſen ihnen alle dieſelben rechtlichen Schutzmittel, wie dieſem ſelbſt, zuſtehen. Auch gegen die Erben des Diffamanten wird die Klage zuſtehen müſſen, ſo weit die Diffamation ſich auf vermögensrechtliche Anſprüche bezieht.*)

*) In letzterer Beziehung iſt a. M. Schmid, Handbuch, III, S. 47, da die Diffamation zu den Handlungen gehöre, die weder an ſich noch in ihren Folgen das Vermögen betreffen. Die verſchiedenen Stimmen dafür und dagegen ſ. ebendaſ. Für den Uebergang auf die Erben des Diffamanten Wetzell, Proceß, S. 68.

§ 8.

Fortſetzung.

b. Art der berühmten Anſprüche.

Daß die Anſprüche, deren ſich Jemand berühmt, wirklich klagbarer Art ſeien, darauf kommt es nicht an, wohl aber darauf, daß der Diffamant ſie als klagbare hinſtelle, und dies muß ohne Weiteres als in jeder Berühmung liegend angeſehen werden, wenn nicht ausdrücklich Anſprüche genannt ſind, denen keine Klagbarkeit zur Seite ſteht. Wegen berühmter Forderung aus einem Kartenſpiel kann der Diffamat wohl mit der actio injuriarum klagen, nicht aber ad agendum provociren.*) Daß ferner über die Anſprüche liquide Urkunden vorhanden ſind, ſchließt die Provocation nicht aus, „da aus dem Vorhandenſein eines liquiden Schulddocuments noch keineswegs mit Nothwendigkeit folgt, daß der Anſpruch begründet ſei", Anz. 1849, S. 192, Schl. Auf Grundlage des liquiden Documents hat der Diffamant aber das Recht auf einen beſtimmten Proceß und es wird ſich alſo die Klagaufforderung in einer Weiſe zu beſchränken haben, daß dieſes Recht nicht verletzt werde, Anz. ibid.

Die Anſprüche können jeglicher Art ſein,**) wie ſie überhaupt im Privatrecht vorkommen können. Es iſt eine unrichtige Beſchränkung, wenn z. B. Muther aus Vorliebe für die aufgeſtellte Delictstheorie nicht Anſprüche zur Begründung der Provocation zulaſſen will, die die öconomiſche Ehre des Diffamaten nicht verletzen. Statusanſprüche haben keinen vermögensrechtlichen Inhalt, können aber desungeachtet ſehr wohl eine Provocation begründen. Eine Einſchränkung der Provocation wird aber bei Berühmung mit gewiſſen Anſprüchen durch die begleitenden Umſtände

*) Vgl. auch Anz. 1837, S. 350, Schl. Reſervirung von Rechten aus einem Erbverzichte eines Vaters gegenüber den Anſprüchen, welche deſſen Kinder an die Maſſe des Vaterbruders machen möchten.

*) Fuchs, introd., 3, 1, 2, ſagt z. B. „— remedium — hodie latissime patet, et omnibus, qui vel de statu, vel de delicto, vel de debito, vel de quibuscunque aliis famam aut bona concernentibus diffamantur vel de facto quocunque molestantur, modo alias in judicio agere aut conveniri possunt, competit."

Digitized by Google

herbeigeführt. Früher pflegte man wohl die dinglichen Ansprüche ganz allgemein als ungeeignet zur Begründung einer Provocation zu bezeichnen, weil die vorhandenen dinglichen Klagen zum Schutze des Eigenthums vollkommen hinreichten, mithin eine Provocation als vollständig überflüssig erscheine. Dieser Ansicht hat das Holsteinische Obergericht bis in die neuere Zeit angehangen und erst ganz neuerdings ist dasselbe davon abgewichen.*) Aus den einzelnen Aeußerungen der Reichsgesetze, s. Anz. 1842, S. 191, die man für jene Ansicht angeführt hat, läßt sie sich durchaus nicht folgern; andererseits gedenkt Durantis in seinem speculum**) schon des Falles, daß der Diffamant sich Eigenthumsansprüche an einer Sache berühme, und fragt, wie da zu helfen? Respondeo: judex statuat mihi tempus, intra quod rem vindicem, intra quod veniens audiar, postea non. Jedenfalls wird man vorerst wohl daran thun, die Fälle der berühmten Eigenthumsansprüche mit den der Berühmung von andern dinglichen Ansprüchen zu sondern; jene anlangend, so hat man in früherer Zeit auch da wohl die Provocation zugelassen, wenn der Besitzer gegenüber dem Nichtbesitzer sich berühmte. Indeß hat man die Unzulässigkeit der Provocation in diesem Fall längst erkannt; der besitzende Diffamant hat offenbar gar keine rei vindicatio gegen den Nichtbesitzer und eine Provocation seitens des Nichtbesitzers könnte daher nur auf provocatio ad probandum hinauslaufen, nämlich, daß der Innehaber sein Eigenthum an der Sache erweise, während es sonst doch ein beneficium des Besitzes ist, von diesem Beweise befreit zu sein.***) Endlich steht dem nichtbesitzenden Diffamaten, wenn er sich durch solche Aeußerungen der Besitzer berührt erachtet, ja die Eigenthumsklage zu, die jedes Provociren überflüssig macht. Auf der andern Seite ist man heut zu Tage gleichfalls so ziemlich einig darin, daß der besitzende Diffamat gegen den nichtbesitzenden Diffamanten, wenn er den aus der Diffamation wider ihn herfließen könnenden Nachtheilen entgegentreten will, nur in der Aufforderung zur Klage einen Rechtsschutz finden könne. Es ist gleichsam als selbstverständlich zu nennen, daß Niemand bestreitet, der Provocant müsse auch wirklich besitzen,*) wohl ist zweifelhaft, ob dieser Besitz so ohne Weiteres anzunehmen, event. dessen Bescheinigung dem Provocaten aufzuerlegen sei, oder ob die Bescheinigung des Besitzes vom Provocanten zur rechtlichen Begründung seines Ansuchens geliefert werden müsse. Diese letztere von Francke**) aufgestellte Ansicht, der das Oberappellationsgericht in neuester Zeit, Anz. 1863, S. 13, beigetreten ist, stützt sich darauf, daß, wenn der Provocant seinen Besitz nicht im Vorwege dargethan habe, sehr leicht ein rechtlich unausführbares Urtheil gesprochen werden könne, wenn nämlich wirklich nicht der Provocant, sondern der Diffamant oder auch nur ein Dritter besitze und daß, wenn man dem Diffamanten nachlassen wolle, excipiendo seinen Besitz zu erweisen, ihm ein nicht beikommender Beweis aufgebürdet würde. Letzteres möchte übrigens richtiger dahin auszudrücken sein, daß dem Provocaten der Nachweis, Provocant besitze nicht (also Provocat selbst oder ein Dritter besitze) nachgelassen werden müßte.

(Die Fortsetzung folgt.)

---

*) Anz. 1842, S. 191; 1846, S. 286; 1847, S. 193; 1852, S. 345. Obwohl in diesen Fällen nicht von Eigenthums-, sondern von andern dinglichen Ansprüchen die Rede ist, so wird die Regel doch immer allgemein ausgesprochen. Damit ist Anz. 1863, S. 12, zu vergleichen; s. schon Francke, Proceß, II, S. 58, Nr. I.

**) L. III, p. 3, Nr. 24, abgedruckt bei Muther, S. 65.

***) Fuchs, a. a. O., § 3. Contra possessorem tamen non admittetur, ne beneficium possessionis, quod ab onere agendi et probando possessorem eximit, per indirectum ipsi auferatur.

*) Es handelt sich aber immer nur noch um das factum possessionis præsentaneæ ohne Rücksicht, wie diese possessio erlangt worden, cf. Anz. 1842, S. 192, H., und den weiterhin angezogenen Baier'schen Rechtsfall.

**) Dem wail. Mitherausgeber des Archivs für civilistische Praxis, das., XVIII, S. 224 ff.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Ueber das forum hereditatis.

In Sachen der Ehefrau Christina Becker, geb. Hahn, c. c. m. zu Itzehoe, der Wittwe Margaretha Laackmann, geb. Hahn, c. c. zu Beydenfleth und der Ehefrau Magdalena Bleß, geb. Hahn, c. c. m. zu Neuendeich, als Testamentserben des Hofbesitzers Peter Hahn zu Beydenfleth, Imploranten, Querulanten,

gegen

das Beydenflether Armencollegium, Imploraten, Querulaten,

um eine Auflage an das Armencollegium, sich über das Peter Hahn'sche Testament zu erklären, jetzt Querel gegen den Bescheid des Justitiariats der adeligen Güter Krummendiek, Kampen und Rahde vom 20. Juni d. J.,

ergeben die Acten:

Der Hofbesitzer Peter Hahn, domicilirt zu Beydenfleth unter Krummendieker-Kampener Jurisdiction, verstarb im Herbst v. J. mit Hinterlassung eines Testaments nebst Beilage, worin er seine drei Nichten, die jetzigen Querulantinnen, zu seinen Universalerben einsetzte, zugleich aber seinen in Großkampen belegenen Hof Landes und sein in Beydenfleth gelegenes Wohnhaus mit einem beständigen Fideicommiß zu ewigen Tagen belegte. Der § 10 des Testaments enthielt dann die Bestimmung daß, Falls die Nutznießer die Vorschriften dieses Fideicommisses nicht erfüllen und die dazu gehörigen Immobilien nicht gehörig unterhalten oder sogar etwas davon veräußern würden, das Armencollegium des Kirchspiels Beydenfleth autorisirt und ersucht werde, die ungehorsamen Fideicommißerben nöthigenfalls durch obergerichtliche Hülfe zur Erfüllung ihrer Pflicht und zur Ausführung der von dem Testator getroffenen Anordnungen anzuhalten, wofür dem Armencollegium in jedem einzelnen Fall eine Vergütung von 160 ℔ R.-M. aus den Revenuen des Fideicommisses in Aussicht gestellt ward.

Die Querulantinnen überreichten dies Testament dem Justitiariat für Krummendiek, Kampen und Rahde behufs der Publication, sie gaben dabei die Erklärung ab, daß sie zwar die Erbschaft ex testamento anträten, aber die Gültigkeit der getroffenen fideicommissarischen Anordnungen nicht anerkannten, und beantragten, daß zu dem Publicationstermine auch das Beydenflether Armencollegium geladen und demselben im Termine eine Erklärung darüber abgefordert werden möchte, ob es die Vertretung des in dem Hahn'schen Testamente angeordneten Fideicommisses und die Ausführung der darin ihm übertragenen Functionen übernehmen wolle.

In dem am 27. December v. J. stattgehabten Publicationstermine erschien nun der Hofbesitzer C. Mahlstedt aus Kampen als legitimirter Vertreter des Armencollegiums und sprach sich, nachdem die Erben ihrer früheren Erklärung inhärirt hatten, dahin aus, daß er sich seine Erklärung über die Bereitwilligkeit des Collegiums zur Uebernahme der Vertretung des Fideicommisses bis nach erfolgter Rücksprache mit selbigem vorbehalten müsse und sich zu dem Ende die Ertheilung einer beglaubigten Abschrift des Testamentes erbitte.

Diese Erklärung erfolgte dann von Seiten des Armendirectoriums zu Beydenfleth unterm 27. Februar d. J. dahin, daß sich das Beydenflether Armencollegium veranlaßt sehe, sich seine Erklärung bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Rechtsgültigkeit der in Rede stehenden fideicommissarischen Anordnungen vorzubehalten, und demnach um eine Mittheilung des Resultats der demnächst in dieser Sache erfolgenden gerichtlichen Entscheidung bitte.

Diese Erklärung genügte den Querulantinnen nicht und sie beantragten demzufolge unter Hinweisung darauf, daß ein äußerlich fehlerfreies Testament vorliege und daß von jedem in einem solchen Testament Bedachten eine unumwundene Erklärung, ob er annehmen oder ausschlagen wolle, verlangt und nöthigenfalls erzwungen werden könne, in einer am 24. April d. J. bei dem Justitiariate beschafften Eingabe, daß dem Armencollegium aufgegeben werden möchte, sich bei Strafe Rechtens nunmehr binnen 14 Tagen ab insin. unumwunden darüber zu erklären, ob es die Vertretung des Fideicommisses in den in dem Testament ihm aufgetragenen Functionen übernehmen oder vielmehr auf die darin ihm eingeräumten Rechte verzichten wolle.

Digitized by Google

Diesem Antrage deferirte das Justitiariat durch Decret vom 25. f. M.

Das Armencollegium reichte nun am 12. Mai d. J. eine Vorstellung ein, in welcher es die Competenz des Justitiariats zu der ihm gemachten Auflage bestritt, im Uebrigen aber seiner früheren Erklärung inhärirte.

Nachdem diese Vorstellung den Querulantinnen nachrichtlich mitgetheilt worden war, beantragten diese in einer am 28. Mai d. J. bei dem Justitiariat beschafften Eingabe, daß dem Armencollegium aufgegeben werden möchte, nunmehr der unterm 25./28. April d. J. ihm gewordenen Auflage unter Erstattung der ihnen angeursachten Kosten vollständig zu genügen und daher binnen acht Tagen ab insin. die von ihm verlangte Erklärung abzugeben, widrigenfalls es so angesehen werden solle, als wolle es die Vertretung des Fideicommisses nicht übernehmen.

Hierauf gab das Justitiariat unterm 20. Juni d. J. zum Bescheide,*) daß auf diesen Antrag daselbst nicht habe eingetreten werden können.

Die Querulantinnen haben sich nun mit einer Beschwerde hieher gewandt und einen Bescheid des Inhalts beantragt, daß dem Justitiariat die Competenz in der vorliegenden Sache zustehe, selbiges daher nicht berechtigt gewesen, sein Verfahren in dieser Sache einzustellen, vielmehr gehalten sei, eine Entscheidung darüber abzugeben, ob das Beydenflether Armencollegium die von ihnen verlangte unumwundene Erklärung abzugeben schuldig sei.

Nach eingezogener Erklärung des Armencollegiums und erstattetem Berichte des Justitiariats vom 8. October d. J. steht zur Frage, ob dieser Antrag begründet ist.

In Erwägung nun, daß, da das imploratische Collegium im Uebrigen der Jurisdiction des Justitiariats nicht unterworfen ist, es sich fragt, ob aus besonderen Gründen für die in Rede stehende Angelegenheit die Competenz desselben begründet ist;

in Erwägung, daß ein forum conventionale hier nicht vorliegt, da von der Begründung eines Forums durch Prorogation nur bei einer vor einem Gericht geschehenen Einlassung einer beklagten Partei die Rede sein kann, die Erklärungen des Armencollegiums aber nicht vor dem Justitiariat als Gericht, sondern vor demselben als der mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Behörde, abgegeben worden sind, und;

in Erwägung, daß ein forum hereditatis in der Bedeutung, daß von dem Gericht, unter welchem der Erblasser gelebt hat oder bei welchem die Masse sich in noch ungetheiltem Zustande befindet, alle auf die Ausführung eines Testamentes bezüglichen streitigen Fragen zu erledigen seien, weder in den Gesetzen noch in der Praxis eine Begründung findet,

wird den Querulanten auf ihre sub praes. den 29. August d. J. hieselbst eingereichte Beschwerde und Bitte hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 26. November 1863.

*) Die Entscheidungsgründe desselben lauten:

In Erwägung, daß dem Justitiariate zur Erledigung der Verhältnisse des einer gerichtlichen Behandlung nicht unterzogenen Hahn'schen Nachlasses weder die Competenz einer Erbtheilungsbehörde zusteht, noch auch durch die bisherigen Vorgänge bei dem ausdrücklichen Widerspruche des Beydenflether Armencollegiums eine Prorogation des Gerichtsstandes bewirkt sein kann, und das Justitiariat sich daher zu weiteren Erlassen in dieser Sache an das seinem ordentlichen Gerichtszwange nicht unterworfene Armencollegium für incompetent ansehen muß.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

6. Stück. — Den 8. Februar 1864.

Ueber
provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Fortsetzung.)

Endlich würde eine solche Provocation, in der der Besitz des Provocanten nicht behauptet ist, ganz unschlüssig sein, da der Diffamant sich ja eben nur dem gegenüber der Eigenthumsansprüche berühmt, der mit der rei vindicatio belangt werden könne, also dem Besitzer gegenüber. Dieser Grund erscheint allerdings schlagend, so lange der Diffamant, der vielleicht gar nicht weiß, an wen seine Sache gekommen, einfach sich des Eigenthums berühmt, womit er selbstverständlich zugleich sagt, er werde denjenigen belangen können auf Herausgabe, wer immer die Sache im Besitz haben möge, wie es z. B. regelmäßig aufzufassen ist, wenn Jemand eine Sache als verloren anzeigt, womit er andeutet, daß er von demjenigen, der sie in Händen haben möchte, sie zurückgegeben wünscht. Es ist ganz unbegreiflich, wie die Provocation hier soll unzulässig sein,*) weil vermeintlich die Diffamation nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet sei; allerdings ist sie das, nur daß der Name der Person noch fehlt, was für die Diffamation in diesem Fall ganz unwesentlich ist. Fühlt nun Jemand sich durch die Diffamation getroffen, so kann er das doch nur in dem Fall, wenn er die Sache inne hat, und dies Innehaben oder, wenn man will, daß er wirklich die in der Diffamation bezeichnete Person sei, muß er, wenn er provocirt, nachweisen. Jene erstgedachte Ansicht deducirt dagegen: zum Fundament der Diffamationsklage gehöre nichts anders, als das Delict der Diffamation. Der Provocant halte sich lediglich daran, daß der Provocat z. B. die rei vindicatio gegen ihn anstellen zu können berühmt habe. Eine solche Provocationsklage sei schlüssig, weil der Diffamant den Provocanten gerade als Besitzer gelten lassen wolle, und wenn er dessen Besitz im Provocationsproceß bestreite, so müsse er, Diffamant und Provocat, beweisen, ungeachtet er, wie gesagt, in der Diffamation erklärt hat, daß er nur denjenigen als Diffamaten ansehen wolle, der die Sache besitze. Nach dieser letzteren Ansicht muß man consequent dahin kommen, daß ein Diffamant, der Jemanden mit Namen benennt als den Inhaber der ihm eigenthümlich gehörenden Sache, von diesem deswegen muß provocirt werden können, weil er eben behauptet hat, Jener sei Besitzer, und die Provocation müßte statthaben können, wenn auch der Provocant versichert, er sei nicht der Besitzer; die weitere Folge ist dann: der Provocant weist lediglich die Diffamation nach, der Provocat aber muß nachweisen, daß Jener Besitzer ist, was also nicht mehr und weniger als eine provocatio ad probandum wäre. Diesen Fall hat Francke nicht berührt, nicht weil er ihn übersehen hätte, sondern weil er ihn nicht

*) So Muther, S. 147.

Digitized by Google

anging, da in demſelben die Provocation ſchon aus dem Grunde unzuläſſig iſt, weil der, von dem behauptet wird, er habe eine fremde Sache inne, ohne daß er doch wirklich ſolche beſitzt, verläumdet wird, jedenfalls dann, wenn er, nachdem er den Beſitz abgelehnt hat, noch weiter diffamirt wird. Dieſe Anſicht führt aber ſchon dann zu offenbaren Unzuträglichkeiten, wenn der Provocant den Beſitz nicht ablehnt, vielmehr dieſen gern für ſich in Anſpruch nähme, um die Vortheile des Beklagten im Hauptproceß genießen zu können, wie der von Francke benutzte Fall ſehr klar darthut.*)

In den Anzeigen finden ſich mehrfache Fälle, in denen bei Berühmung anderer dinglicher Anſprüche ad agendum zu provociren verſucht worden iſt, jedoch ſtets vergeblich. Motivirt wird die Unzuläſſigkeit der Provocation in dieſen Fällen regelmäßig damit, daß die gebotenen dinglichen Klagen hier ausreichen. Zur Veranſchaulichung referiren wir kurz die Fälle: 1. Anz. 1843, S. 372, Schl. Der im Quaſibeſitz befindliche Diffamant berühmt ſich, auf des Nachbaren (Diffamaten) Hofſtelle fahren zu dürfen. 2. Aehnlich der Fall Anz. 1842, S. 191, H. Auch hier iſt der Diffamant derjenige, welcher dingliche Gerechtſame an einer zwiſchen zwei Grundſtücken belegenen aber dem Diffamaten eigenthümlich gehörenden Auffahrt macht; daß der Diffamant als im Quaſibeſitz befindlich erachtet wird, ergiebt ſich daraus, daß der Diffamat den in der Mitte der Auffahrt laufenden aber von ihm verrückten Rinnſtein wieder herſtellen muß. In beiden Fällen iſt der Eigenthümer Provocant; ſein Eigenthum iſt durch den Quaſibeſitz des Diffamaten wirklich verletzt. Die Zurückweiſung der Provocation wird dadurch motivirt, daß ſchon die actio negatoria ausweichende Hülfe gebe. 3. Ein Eingeſeſſener des Lübſchen Stiftsdorfes Röbel berühmt ſich des Quaſibeſitzes der Jagdgerechtigkeit auf der Röbeler Feldmark; die Eutiner Rentekammer, als obere Adminiſtrationsbehörde, welche Namens ihrer Landesherrſchaft das ihr zuſtändige Eigenthum des Jagdrechts behauptet, fühlt ſich dadurch verletzt und provocirt Jenen ad agendum. Anz. 1842, S. 192, H. Ueber dieſen Fall iſt gleich hier das Nöthige zu bemerken. Die Sachlage iſt von der jener und der nachfolgenden Fälle inſofern verſchieden, als nicht Eigenthum und ſonſtige dingliche Anſprüche mit einander kämpfen, ſondern es ſich fragt, wem von den ſtreitenden Theilen der eine dingliche Anſpruch zuſtehe. Der dort aufgeſtellte und noch näher zu berührende Grundſatz, daß der Quaſibeſitz ohne Einfluß auf die nach den ſonſtigen Regeln zu vertheilende Beweislaſt ſei, kann daher hier nicht maaßgebend ſein. Würde der Provocation ſtattgegeben ſein, hätte alſo der Provocat klagend auftreten müſſen, ſo hätte er auch den Beweis des ihm zuſtändigen Jagdrechts führen müſſen, mithin wäre ſeine Lage dem Gegner gegenüber die ungünſtigere geworden, was um ſo ungerechter geweſen ſein würde, als die Provocantin den ihr etwa zur Seite ſtehenden Quaſibeſitz mit Nichts beſcheinigt hatte; überdies ſtand der Provocantin behufs Verfolgung der ihr etwa zuſtändigen nnd verletzten Gerechtſame die actio confessoria zur Seite.*) 4. Anz. 1847, S. 193,

*) Archiv für civiliſtiſche Praxis a. a. O. Zwiſchen A. und B. iſt das Eigenthum eines Grundſtückes ſtreitig; in einem Vergleichstermin beruft Jeder ſich auf dies ſein Eigenthum und wieder auf dieſe reſp. Berühmung fußend provociren ſie ſich gegenſeitig zur Klage, ohne daß Einer von ihnen als Provocant den Beſitz nachweiſt. Die erſte Inſtanz ließ hinſichtlich der Frage, welcher von beiden an ſich für zuläſſig gehaltenen Provocationen ſtattzugeben, die Prävention entſcheiden. Die zweite Inſtanz wies beide wegen mangelnden Beſitznachweiſes „angebrachtermaaßen“ ab.

*) Weder Francke (im Archiv) noch Muther gedenken eines ähnlichen Falles, ſondern haben immer nur den Fall vor Augen, wo Eigenthum und Realrechte einander gegenüberſtehen. Ein entſprechender Rechtsfall findet ſich indeß in den Blättern für Rechtsanwendung in Baiern, 1862, S. 44. Die Provocation wurde, da für ſie nur das factum poss. præsentaneæ in Betracht komme und die Provocatin bezüglich der ſtreitigen Fiſchereigerechtigkeit eben ſo ſehr wie die Provocantin nachgewieſen, daß ſie zur Zeit der Diffamation reſp. Provocation dieſelben Beſitzhandlungen (ob vitiös oder nicht, ſei gleichgültig) vorgenommen, oberſtrichterlich zurückgewieſen. Wie im Text ſchon angedeutet, hat auch das Holſteiniſche Obergericht a. a. O. darauf aufmerkſam gemacht, daß der vitioſe Beſitzſtand hier ganz irrelevant iſt.

Digitized by Google

H. Der Inhaber einer Zwangsmühle belangt Jemanden, als seinem Zwangsrechte unterworfen, wegen Contravention. Dieser provocirt Jenen, daß er sein Mühlenzwangsrecht über ihn agendo verfolge. 5. Aehnlich ist der Anz. 1852, S. 345, H., erwähnte Fall. Der Inhaber einer Zwangsmühle hat dagegen protestirt, daß ein Anderer eine Windmühle baue. Dieser provocirt Jenen zur Geltendmachung seiner Einspruchsrechte. Zwischen diesen beiden Fällen ist jedoch ein wesentlicher Unterschied, auf den wir gleich hier aufmerksam machen; in N. 4 liegt seitens des Zwangsmüllers eine turbatio realis, in N. 5 nur eine turbatio verbalis vor. Ob dieser Unterschied von Relevanz, sehen wir bald, nachdem zuvor die sonst hier in neuerer Zeit aufgestellten Ansichten berührt sind. Von letzteren werden nämlich noch ein paar Fälle zur Betrachtung mit herbeigezogen, für welche in den „Anzeigen" practische Beispiele sich nicht finden. Francke (im Archiv) wie Muther erkennen beide die Subsidiarität der Provocationen nicht an, kommen aber hier doch zu verschiedenen Resultaten. Die vier Fälle, welche Beide vorführen, sind in so fern auf zwei Klassen zurückzuführen, als der Diffamant entweder der das dingliche Recht Beanspruchende oder aber der Eigenthümer ist; in dem einen wie andern Fall kann Ersterer aber wieder im Quasibesitz sein oder nicht. Auf die Entscheidung dieser Fälle kann nun freilich nicht der Besitzstand wie bei Berühmung mit Eigenthumsansprüchen von Einfluß sein, so daß man etwa zu vermeiden hätte, dem Diffamanten und Provocaten eine Beweislast aufzubürden, die ihm sonst nicht zukäme;*) denn es kann diese Besorgniß hier nicht auftauchen. Wer immer als Kläger in der Hauptsache auftritt, die Beweislast ist stets eine fest normirte, nämlich der Eigenthümer hat sein Eigenthum zu beweisen und nichts weiter. Die Präsumtion spricht für die Freiheit von dinglichen Belastungen; wer letztere als Recht in Anspruch nimmt, hat seinerseits zu beweisen. Die Delictstheorie gruppirt jene vier Fälle nun folgendermaaßen: 1) die Provocation ist zulässig, wenn a) ein Nichtquasibesitzer der Diffamant, b) der Eigenthümer gegenüber dem Quasibesitzer der Diffamant ist; in beiden Fällen soll ein Angriff auf die öconomische Ehre liegen, weil dem Diffamaten Schuld gegeben werde, er behalte etwas in seinem Vermögen, was er rechtlich nicht behalten dürfe. 2) Die Provocation ist unzulässig, wenn a) der Quasibesitzer, b) der Eigenthümer gegenüber dem Nichtquasibesitzer der Diffamant ist; hier sei keine Verletzung der öconomischen Ehre, weil dem Diffamanten jedesmal nur vorgeworfen werde, er verlange etwas, was ihm nicht gebühre. Die Deduction fällt nun für die Fälle 1 b und 2 b sofort in sich zusammen, wenn man, worauf schon Francke, ohne die Delictstheorie zu kennen, aufmerksam macht, sich vergegenwärtigt, daß in ihnen begriffsmäßig überall keine Diffamation vorliegt; ad 2 b fragt man überdies, wie kann der Eigenthümer überhaupt zu der Rede kommen, wenn ihm Niemand Anlaß, d. h. realiter, dazu gab? Gab ihm aber Jemand dazu Anlaß, und das ist ad 1 b der Fall, so ist dieser Jemand nicht Diffamat, sondern eben so gut Diffamant, wie wenn er nur verbaliter sich der dinglichen Ansprüche berühmt hätte. Da ferner Muther zugiebt, daß hier der Besitzstand für die Beweislast irrelevant, d. h. letztere immer dieselbe bleibe, also im Fall 1 b der diffamirte Quasibesitzer, wenn er provocirte, immer in der Hauptsache trotz seines Quasibesitzes doch sein Recht auf die Servitut ꝛc. nachzuweisen hätte, so ist gar kein Grund denkbar, weshalb er, statt diesen Umweg zu wählen, nicht sofort zur actio confessoria greifen sollte. Denn diese ist auch schon dann begründet, wenn der Eigenthümer mit bloßen Behauptungen auftritt, welche der Servitut widersprechen.*) In den Fällen 1 a und 2 a beruht die Unterscheidung sicher auch nicht auf dem vermeintlich vorhandenen oder nicht vorhandenen Angriff auf die öconomische Ehre des Diffamaten (d. h. des Eigenthümers). Denn auch in dem Falle 2 a,

*) Dies ist neuerdings wieder behauptet von Wetzell, Proceß, S. 66.

*) L. 9 pr. D. 8, 5. Paulus führt den Julianus an, welcher schreibe: si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere —. Paulus fährt fort: Wenn der dominus auch noch nicht gebaut habe (sondern, muß man wohl suppliciren, nur seine desfällige Absicht aussprach): jus sibi esse, ire, agere vel frui, intendere potest sc. der Servitutberechtigte s. auch Mühlenbruch, Pandecten, § 292, Note 6.

Digitized by Google

wenn der Quasibesitzer die Berühmung ausspricht, sagt dieser nicht, der dominus verlangt etwas, was ihm nicht gebührt, sondern er hat etwas, enthält mir etwas oder beabsichtigt doch, mir zu enthalten, was mir rechtlich zusteht. Francke behandelt daher auch richtig beide Fälle gleich, nur läßt er in beiden die Provocation zu, weil er eben deren Subsidiarität nicht anerkennt. Hält man aber richtiger den subsidiairen Character der Provocation fest, so kommen wir, wenn auch aus anderem Grunde, zu der gleichen Unterscheidung mit Muther. Hat der angeblich dinglich Berechtigte schon den Quasibesitz inne, so liegt eine Realturbation des Eigenthums des dominus vor, gegen welche dieser mit der actio negatoria ausreichenden Schutz finden kann. Eine solche Realturbation liegt aber so lange nicht vor, als der, welcher das dingliche Recht in Anspruch nimmt, noch dieses sein angebliches Recht nicht benutzt hat, sondern bei der bloßen Behauptung (Diffamation) stehen geblieben ist. Die actio negatoria ist in diesem Fall eben so wenig für den dominus begründet, wie wenn ein Dritter mit der bloßen Behauptung des Eigenthums selbst aufgetreten wäre.*) Der dominus findet also einer Verbalturbation gegenüber in den gewöhnlichen dinglichen Klagen keinen Schutz, kann aber von solcher Turbation, wie jedem Practiker aus Erfahrung mehr oder weniger bekannt sein wird, großen Nachtheil erleiden, da ein solcher Diffamant nicht selten erst dann auftritt, wenn der dominus veräußern will, um dadurch Kauflustige zu verscheuchen. Die Gefahr für den dominus ist hier um so größer, als im Verkehrsleben weit eher die Möglichkeit angenommen wird, daß ein Dritter dingliche Ansprüche an der Sache haben möge, als daß ihm das Eigenthum selbst daran zustehe. Nach Vorstehendem wäre in den obgedachten inländischen Fällen 1, 2 und 4 jedenfalls die Provocation für unzulässig zu halten; nicht so ausgemacht wäre das für den fünften Fall, wenn man von der „gegebenen Veranlassung“ des seitens des Müllers erhobenen Einspruchsrechts absähe. Man darf nur nicht den davon verschiedenen Fall dabei im Auge haben, wenn ein Zwangsmüller behauptet, daß eine in seinem Zwangsdistricte belegene Stelle seiner Mühle auch zwangspflichtig sei. Denn es liegt hier nicht mehr eine bloße Verbalturbation, sondern, eben weil die Stelle im Zwangsdistricte liegt, eo ipso schon eine Realturbation vor, die der Stellbesitzer mit der actio negatoria beseitigen kann. Wenn aber, wie in dem obreferirten Fall es zu sein scheint, es sich um Anlegung einer Mühle außerhalb des Zwangsdistricts handelte (man vergleiche Anz. 1848, S. 108, in welchem Fall die Neumünsterschen und Heidmühlener Zwangsmüller es schwerlich an vorgängigem Einspruch gegen die seitens des Klosters Preetz zu erbauende Gadelander Windmühle haben fehlen lassen), da ist der Dritte schwerlich berechtigt, schon die actio negatoria zu erheben, wenn der Zwangsmüller lediglich Einsprache ohne Realturbation erhebt. Darf er da nicht ad agendum provociren, so bliebe ihm nur übrig, vorerst zu bauen, also sich in Kosten zu setzen, und dann abzuwarten, daß der Zwangsmüller ihn im Wege Rechtens zwinge, wieder niederzureißen. Eine provocatio ad agendum möchte hier nur die nothwendige Hülfe gewähren können. Der dritte oberwähnte Fall ist, wie schon hervorgehoben, anders als die übrigen Fälle zu beurtheilen.

Wenn es sich um Berühmung bedingter und betagter Ansprüche handelt, so gehört begreiflicherweise nicht der Fall hierher, daß der Diffamant noch nicht von seinem Klagerecht Gebrauch machen will, sondern nur der, daß er noch nicht davon Gebrauch machen kann.*) Im letzteren allein hier in Betracht kommen-

*) Letzteres ist wenigstens vom Oberappellationsgericht anerkannt, Anz. 1858, S. 303. In dieser Beziehung hat, wie ich beiläufig bemerke, neuerdings das Dresdener Oberappellationsgericht eine Ausnahme statuirt. Auf das factum turbativum soll es auch dann schon nicht weiter ankommen, wenn Beklagter nur noch im Processe das klägerische Eigenthum bestreitet. Tauchnitz, Zeitschrift ꝛc., 21, S. 16. Für die Provocation ist dieser Ausnahmefall irrelevant.

*) S. den schon citirten vom Lübecker Oberappellationsgericht (in Hamburger Sachen, a. a. O.) entschiedenen Fall. F., Inhaber mehrerer Hypothekpöste, konnte darüber längere Jahre nicht verfügen, während dessen die belasteten Grundstücke aus der Hand des ursprünglichen Schuldners J. an Andere übergingen. Diesen kündigte F. nach erlangter Disposition die Pöste, ließ aber gleichzeitig notariell

Digitized by Google

den Fall lassen sich manche Gründe gegen die Zulässigkeit einer Provocation anführen. Von diesen möchte der von der Delictstheorie beigebrachte am wenigsten stichhaltig sein, der, daß die öconomische Ehre des Diffamaten durch solche Diffamation nicht verletzt werde. Man kann sehr wohl davon absehen, daß der Diffamat durch solche Berühmung gar wohl noch viel leichter in Nachtheil, z. B. Creditlosigkeit, kommen kann, als bei Berühmung einer sofort klagbaren Forderung, denn schon der Begriff der öconomischen Ehre, wenn man nun einmal juristisch einen solchen construiren will, streitet dagegen. Diese Ehre wird doch schwerlich allein dadurch gebildet, daß ein Individuum immer sogleich zahlt, was es schuldet; sondern nur durch ein durchgängig solides Auftreten im Geschäftsleben. Leichtsinnig eingegangene Verbindlichkeiten, mögen sie immerhin bedingt und betagt sein, schaffen nicht, sondern untergraben den Ruf der Solidität. Jene Ansicht wird wohl nicht dadurch grade begründeter, daß man ihr einige Milderung durch eine Wendung zu geben sucht, nämlich: oft werde bei solchem Gerede eine ehrverletzende Absicht zu Grunde liegen und dann habe der Diffamat ja die actio injuriarum. Das versteht sich freilich von selbst, aber die Delictsansicht unterscheidet ja sehr scharf zwischen bürgerlicher und öconomischer Ehre; sie sollte daher auch eingedenk bleiben, daß die Wiederherstellung jener nicht ohne Weiteres auch die Wiederherstellung dieser ist. Völlig irrig ist es, wenn Muther den Grund, weshalb die entgegenstehende Ansicht noch so viele Anhänger habe, darin setzt, daß man das Berühmen mit einem bedingten Anspruch verwechsele mit einer bedingt ausgesprochenen Berühmung. In letzterem Fall, — also um das gebrauchte Beispiel wieder zu gebrauchen, es sagt Jemand: wenn es wahr ist, daß B meinem Vater und Erblasser 100 schuldet, so auch mir — soll nach der Delictstheorie die öconomische Ehre des B wieder angegriffen, ihm daher die Provocation wieder zuständig sein, während es doch auf ziemlich flacher Hand zu liegen scheint, daß eine solche Rede gar keine juristisch relevante Berühmung enthält, weil die Behauptung als eine vage, unbestimmte sich ausdrücklich kund giebt.

Mehr Schein für sich hat gegen die Zulässigkeit der Provocation ein von anderer Seite erhobener Einwand. Man sagt, es sei nicht einzusehen, wie der Diffamant, selbst wenn man einen Verzicht des Diffamaten auf die exc. nond. nat. act. annehme, seinen noch nicht klagbaren Anspruch zur gerichtlichen Anerkennung bringen solle.*) Natürlich kann er das nicht, wenn er im Hauptproceß den Anspruch als bedingt und betagt vorführt. Aber die Frage ist ja eben, ob er nicht berechtigt wie verpflichtet ist, den ursprünglich betagten und bedingten Anspruch in Folge der Provocation als einen schon realisirbaren vorzuführen. Dies führt darauf zurück, in welchem Sinne das petitum des Provocationsgesuches zu verstehen ist, und dies kann nicht wohl einen andern Sinn haben, als, der Provocant wünsche, es solle der qu. Anspruch sofort zur Erledigung gebracht werden. Denn da ein solcher Provocant überhaupt den Anspruch, einerlei, wie gestaltet, bestreitet, nicht bloß das Betagt- oder Bedingtsein, so will er auch die Nichtigkeit des Anspruchs, eben hievon abgesehen, gerichtlich constatirt wissen, und das kann doch auch sofort erreicht werden, sobald er, der Beklagte, in der Hauptsache es nun

dem J. anzeigen, daß er ihn in Anspruch nehmen werde, wenn bei Geltendmachung der Pöste sich Verlust ergebe. Die hierauf angestellte Provocation des J. ward natürlich für begründet erachtet.

*) So z. B. Francke, Proceß, II, S. 59; Bayer, a. a. O., § 58, Note 18 (und auch Schmid, Handbuch, III, S. 40, ff.) glaubt den Einwand dadurch zu beseitigen, daß er annimmt, der Hauptproceß beschäftige sich lediglich mit der Anerkennung des Rechts; die Execution sei bis zum Eintritt des dies ꝛc. aufzuschieben. Daneben hätte Bayer nicht erst zu behaupten brauchen, daß, weil Provocant selbst die Veranlassung zum Proceß, er nicht die exc. nond. n. act., die doch sonst nicht blos das Späterstreiten, sondern grade auch das Späterzahlen zur Geltung bringen will, benutzen könne. Denn sie ist bei jener Ansicht überhaupt nicht mehr denkbar; die Ansicht selbst aber würde, insbesondere bei bedingten Ansprüchen, nur in eine provocatio ad probandum auslaufen. Unrichtig ist auch, daß der Provocant nur auf ein Späterstreiten verzichte, nicht auf das Späterzahlen. Denn indem er überhaupt den Anspruch ablehnt, erklärt er, daß ihm Beides gleichgültig sein könne und müsse.

Digitized by Google

will. Auf den Diffamanten käme es dabei nur in so fern an, als er durch sofortige Klaganstellung einen unersetzbaren Verlust erlitte. Bekanntlich aber kann ein Schuldner eine betagte (und um so mehr eine bedingte) Schuld sogleich zahlen, wenn er sich gleichzeitig bereit erklärt, dem Gläubiger das interusurium zu entrichten, resp. Sicherheit dafür zu stellen. Einen andern ihm angeursachten Verlust könnte der Diffamant auch bei sofortiger Klagerhebung nicht haben, diesen aber auch ersetzt verlangen und bekommen.*) Denn was sonst an Nachtheilen für ihn entstehen möchte, z. B. erschwerte Beweisführung u. s. w., das hat er durch seine Diffamation sich selbst angeursacht, kann demselben übrigens auch durch sonstige processualische Mittel so ziemlich vorbeugen. Im Allgemeinen mit Obigem übereinstimmend hat sich schon das vormalige Schleswigsche Obergericht in den Anz. 1849, S. 192, ausgesprochen.

(Die Fortsetzung folgt.)

*) Man braucht daher auch nicht mit Chr. Martin, Vorl., II, S. 332, die Zulässigkeit der Provocation davon abhängig machen, daß der dies resp. conditio lediglich zu Gunsten des Diffamaten getroffen sei. Wenn das richtig wäre, könnte ein umsichtiger Diffamant stets seine Diffamation darnach einrichten.

Entscheidungen.

Die processualische Behandlung des interdictum de itinere.

Der im vorigen Jahrgang der Holsteinischen Anzeigen S. 182 u. ff. mitgetheilte Rechtsfall ist durch eine von dem Beklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts an das Oberappellationsgericht zu Kiel gelangt, von welchem darauf der nachstehende Bescheid ergangen ist.

Auf die hieselbst am 16. Juli v. J. eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde des Anbauers Heitmann zu Trittau, Beklagten und Querulanten,

wider

den Anbauer Siemer in Linau, Kläger und Querulaten,

hauptsächlich wegen angeblicher Besitzstörung, jetzt gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 20. März v. J.,

wird, unter Bezugnahme auf die dem angefochtenen Bescheide vorangestellten Entscheidungsgründe, sowie

in Erwägung, daß, wenn auch nicht schon deshalb, weil das interdictum de itinere ein remedium retinendae possessionis ist, die Verhandlung desselben im Wege der Ordinarienprocedur für geboten zu erachten war, indem die Verordnung vom 13. Januar 1797 beiderlei Arten von Rechtsmitteln, sowohl retinendae als recuperandae possessionis, zum Gegenstande hat — so doch dem Kläger unzweifelhaft freistand, mit Uebergehung der auf den jetzigen Besitz gegründeten Klage das possessorium ordinarium zu erwählen, und

daß dieses seine Absicht gewesen sei, vom Trittauer Gerichte allerdings angenommen werden durfte, da nur solche Klagen, welche sich für dieselbe Proceßart eignen, mit einander cumulirt werden können, die hauptsächlich angestellte confessorische Klage aber das ordentliche Verfahren nothwendig machte und daß es hienach einer Prüfung der Frage, ob in der Zulassung eines Advocaten zum Verhandlungstermin, sofern derselbe eine Spoliensache betroffen hätte, eine unheilbare Nichtigkeit zu finden sein würde, nicht bedarf,

hiemit

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kosten werden bestimmt für den Anwalt auf 25 ℛ 66 ß R.-M., für den Actenprocurator auf 3 ℛ 77 ß R.-M.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Oberappellationsgericht zu Kiel, den 6. Januar 1864.

Digitized by Google

Criminalfälle.

Kindesmord und Ehebruch

(namentlich zu der Frage, wie lange ein Kind im Sinn des Gesetzes als neugeboren zu zu betrachten sei).

Von Obercriminalgerichtswegen.

Bei Remittirung der mit Bericht sub praes. den 28. October d. J. hieselbst eingegangenen Untersuchungsacten wider die Wittwe Anna Catharina Siessenbüttel, geb. Glismann, aus Sparrieshop wegen Kindesmordes und wider den Handelsmann Claus Friedrich Kohl aus Elmshorn, wegen Anstiftung zu dem gedachten Verbrechen und Ehebruchs,

wird dem Pinneberger Landgerichte hiedurch aufgegeben, das nachstehende Erkenntniß den Inculpaten zu publiciren und für die Vollstreckung der erkannten Strafen Sorge zu tragen.

In Erwägung, daß die Inculpatin ihrem durch die anderweitig ermittelten Umstände und namentlich auch durch den Sectionsbefund der Kindesleiche bestätigten Geständnisse zufolge ihr außer der Ehe erzeugtes am zweiten Ostertage, den 6. April d. J., Morgens ungefähr um 6 Uhr lebend zur Welt gebrachtes Kind in der Nacht gegen 12 Uhr in der Weise getödtet hat, daß sie mehrmals den Kopf des Kindes mit der Hand zusammengedrückt und gekniffen, auch mehrmals mit dem Ellenbogen gestoßen hat;

in Erwägung, daß der Thatbestand des Verbrechens des Kindesmordes weder eine vorgängige Verheimlichung der Schwangerschaft noch eine heimliche Geburt voraussetzt, es daher im vorliegenden Fall für die Characterisirung des begangenen Verbrechens nicht entscheidend werden kann, daß Inculpatin ihren schwangeren Zustand einer Nachbarin auf Befragen eingeräumt und das Kind unter Assistenz der Hebamme und im Beisein von noch zwei anderen Frauen geboren hat;

in Erwägung, daß dagegen das Verbrechen des Kindesmordes als Object ein neugebornes Kind erfordert und es daher in Frage kommt, ob das 18 Stunden nach der Geburt getödtete Kind als ein neugebornes zu betrachten ist, wobei der richtigen Ansicht nach auf die concreten Umstände des einzelnen Falles zu sehen ist;

in Erwägung, daß die Entbindung der Inculpatin freilich leicht von Statten gegangen ist, daß jedoch auch die verhältnißmäßig leichte Geburt regelmäßig ein den körperlichen Organismus stark erschütternder Act ist und es an genügendem Grunde fehlt, um es als gewiß vorauszusetzen, daß Inculpatin bei der Tödtung ihres Kindes nicht unter dem die Widerstandsfähigkeit wesentlich schwächenden Einflusse eines durch den Geburtsact herbeigeführten Zustandes körperlicher Erschlaffung und nervöser Erregtheit gehandelt hat, indem in dieser Beziehung zu Gunsten der Inculpatin in Berücksichtigung kommt, daß sie, wie sie beiläufig erwähnt, sich nach der Niederkunft schlecht befunden und den größten Theil der Nacht schlaflos zugebracht hat, so wie daß allen ermittelten Umständen nach angenommen werden muß, daß sie, die ihre Schwangerschaft wohl verhehlt, auch Kinderzeug für das Kind in Ordnung gebracht und, als sie fühlte, daß ihre Niederkunft herannahte, sich einer Nachbarin anvertraut hat, durch deren Vermittelung denn das Weitere veranlaßt worden ist, wirklich nicht Willens gewesen, den angeblichen Einflüsterungen ihres Schwängerers Gehör zu geben und erst in der Nacht, als quälende Gedanken über ihre trostlose Lage sich über sie hergemacht, in einem Augenblicke der Verzweiflung den sofort ausgeführten Entschluß gefaßt hat, es mit dem Kinde so zu machen, wie ihr Schwängerer ihrer Behauptung zufolge ihr angegeben hatte;

in Erwägung, daß demnach das begangene Verbrechen als Kindesmord zu bezeichnen ist;

in weiterer Erwägung, daß Inculpatin auch einräumt, das von ihr getödtete Kind in ehebrecherischem Verkehr mit dem in stehender Ehe lebenden Mitinculpaten Kohl erzeugt zu haben und Letzterer seines Leugnens ungeachtet des ihm Schuld gegebenen ehebrecherischen Verkehrs für überführt zu erachten ist, da zu dem desfallsigen inculpirenden Geständniß der Inculpatin hinzukommt:

1) daß der Uhrmacher Oertling eidlich bezeugt, daß

Digitized by Google

er, als er eines Tages bemerkt, daß Kohl zu der allein in ihrer Wohnung befindlichen Inculpatin gegangen, eine Leiter bestiegen, um zu sehen, was Kohl mit der Inculpatin auf dem Torfboden vorhabe, und dann durch eine in der Zwischenwand zwischen seiner und der Inculpatin Wohnung befindliche Oeffnung wahrgenommen hat, wie ein Paar aufeinander liege und sich fleischlich vermische;

2) daß derselbe Zeuge ein anderes Mal gesehen hat, wie Inculpat in der Küche die Inculpatin geküßt und umarmt hat, Inculpat selbst auch einräumt, die Inculpatin einmal umarmt zu haben;

3) daß es nicht ermittelt worden, daß die Inculpatin, die, wie ihr von allen Seiten bezeugt wird, ein häusliches Leben geführt hat, auch von andern Männern Besuche angenommen hat, wenn sie allein gewesen, wohingegen es von verschiedenen Nachbarn bemerkt worden, Inculpat selbst es auch nicht hat in Abrede stellen können, daß er die mit ihm verwandte Inculpatin wiederholt besucht hat;

4) daß er, wie er selbst auch einräumt, sie am Freitage nach ihrer Niederkunft besucht und ihr zwei Preußische Thaler auf die Bettdecke gelegt, deren Annahme sie jedoch verweigert hat;

5) daß es offenbar die größte innere Wahrscheinlichkeit hat, daß der Zusammenhang richtig von der Inculpatin angegeben worden, wenn sie behauptet, Inculpat habe bei dem gedachten Besuch sie nochmals dazu bereden wollen, ihn nicht als Vater des Kindes anzugeben; so wie

6) daß der Inculpat in schlechtem Rufe steht, und zwar namentlich auch in geschlechtlicher Beziehung, und daß derselbe auch während der Untersuchung durch seine vielfachen frechen Lügen und sein sonstiges von moralischer Verworfenheit zeugendes Verhalten das Gewicht der wider ihn vorliegenden Indicien wesentlich verstärkt hat;

in Erwägung, daß demnach Inculpat Kohl mit der gesetzlichen Strafe des Ehebruchs zu belegen, rücksichtlich der ihm Schuld gegebenen Anstiftung zum Kindesmorde aber von der Instanz zu absolviren ist, indem die an sich glaubhafte Angabe der Inculpatin zwar durch die Art und Weise, wie Inculpat sich auch gegen diese Anschuldigung zu vertheidigen gesucht, so wie durch Alles, was im Uebrigen die Acten zur Characterisirung des schon zwei Mal in Untersuchung gewesenen Inculpaten ergeben, an Wahrscheinlichkeit gewonnen hat, zur Verurtheilung ausreichende Indicien sich aber den Umständen nach nicht haben ermitteln lassen;

in Erwägung endlich, daß in Berücksichtigung der zu Gunsten der Inculpatin strafmildernd in Berücksichtigung kommenden Momente eine achtjährige Zuchthausstrafe sich als eine ihrem Verschulden entsprechende Strafe darstellt;

wird die Inculpatin Anna Catharina Siessenbüttel, geb. Glismann, wegen Kindesmordes und Ehebruchs zu einer sachtjährigen Zuchthausstrafe und Erstattung der sie betreffenden Untersuchungskosten, soweit sie des Vermögens, verurtheilt, der Inculpat Claus Friedrich Christoph Kohl aus Elmshorn aber wegen der ihm angeschuldigten Anstiftung zu dem Verbrechen des Kindesmordes von der Instanz absolvirt, dagegen wegen Ehebruchs zu einer sechsmal fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod oder alternativ zu einer innerhalb 12 Wochen an die Pinneberger Amtstube zu entrichtenden Brüche von 48 ß R.-M., sowie zur Erstattung der ihn betreffenden Kosten der Untersuchung, soweit er des Vermögens, verurtheilt.

Schließlich wird bemerkt, daß die Rechnung des Defensors auf 36 ß 16 ß R.-M. bestimmt worden ist.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 30. December 1863.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

7. Stück. — Den 15. Februar 1864.

Ueber
provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Fortsetzung.)

§ 9.

B. Voraussetzungen der provocatio ex lege si contendat.

Diejenigen Voraussetzungen, welche eine Provocation als solche hat, sind dieselben hier, wie bei der provocatio ex lege diffamari und schon im Vorhergehenden besprochen worden. Es kann nur derjenige Provocant sein, welcher in der Hauptsache der rechte Beklagte ist, und es möchte sich daher sehr fragen, ob der dem Bürgen bestellte Rückbürge, welcher mit dem Gläubiger in keiner obligatorischen Verbindung steht, diesen letzteren deshalb zur Klage auffordern könne, weil er, wenn auch in der begründetsten Weise, zu befürchten hat, der Hauptschuldner werde bei längerer Klagezögerung insolvent, mithin der Bürge zur Zahlung herbeigezogen, und folgeweise auch er, der Rückbürge, in Schaden versetzt werden. Provocat kann nur der rechte Beklagte sein; daß und warum es keine provocatio ad agendum contra tertium geben könne, ist schon früher gesagt. Die Beantwortung der Frage, ob diese Provocation auch bei jeder Art Anspruch möglich sei, hängt von dem Umfange ab, in welchem man sie gestattet. Läßt man die Provocation auch bei dem drohenden Verlust von Beweismitteln zu, so muß auch zur Geltendmachung dinglicher Ansprüche aufgefordert werden können, jedoch dann nur unter denselben Bedingungen, wie sie die provocatio ex lege diffamari nach dem Obigen erfordert. Beschränkt man sie dagegen auf den drohenden Verlust von Einreden, so scheint die Möglichkeit, eine einer dinglichen Klage entgegenstehende Einrede könne durch einen von Außenher kommenden Umstand verloren gehen, kaum denkbar. Ob der Anspruch ein betagter oder bedingter, muß aus den früher angeführten Gründen auch hier irrelevant sein.*)

Die dieser Provocation eigenthümliche Voraussetzung ist im Allgemeinen ein der Vertheidigung des Provocanten schon bevorstehender oder doch drohender Verlust. Durch diese Definition würden sich nun freilich alle früher erwähnten Ansichten begründen lassen, wenn nicht noch ein anderes Moment hinzutreten müßte, dasjenige der Nothwendigkeit, über die sonstige Grundregel, daß Niemand zum Klagen gezwungen werden könne, den höheren Rechtssatz des beiden Parteien gleichmäßig zu gewährenden Rechtsschutzes zu stellen,

*) Schmid, Handb., III S. 65, schließt hier die Provocation aus. Sicher aber kann der Einrede, — das Gegentheil wird eben von Schmid als Grund behauptet —, auch vor dem Eintritt der dies etc. Gefahr des Verlustes drohen. Ob aber bei einer bedingten Forderung der Provocant bei der Provocation seine Rechnung fände, ist eine andere Frage.

Digitized by Google

sofern dieser allein noch in einem zu gestattenden Klagezwang gefunden werden kann. Es wird damit, um zu schweigen von der allgemeinsten Ansicht, wonach überhaupt jede bei der Vertheidigung zu befürchtende Schwierigkeit diese Provocation zulässig machen soll, auch diejenige schon engere Ansicht zurückgewiesen, welche die Provocation doch bei dem zu befürchtenden Verlust von Beweismitteln gestatten will;*) denn um solchen Verlust abzuwenden, giebt es andere und ausreichende Mittel. Es kann sich demnach nur um den Verlust von Einreden handeln. Aber auch da ist das Gebiet der Provocation noch sehr zu beschränken. Die im Processe möglichen Einreden beziehen sich entweder auf das Proceßverfahren und suchen darin Mängel zu rügen. Alle diese Einreden sind erst in und mit der Klaganstellung gegeben; vorher sind sie nicht vorhanden und können, sofern sie in der Klage auch ihre unmittelbare Veranlassung haben, natürlich überhaupt vorher nicht verloren gehen. Eine Einrede nimmt aber nur mittelbar ihren Anlaß in der Klagerhebung. Der Zweck, den sie erreichen will, kann schon vorher vereitelt werden. Unter gewissen Umständen ist jeder Beklagte berechtigt, von dem Kläger Bestellung einer Caution für Kosten und Widerklage zu verlangen, zu welchem Ende ihm die Einrede der fehlenden Kostencaution zusteht. Hier ist es allerdings denkbar, daß der demnächstige Kläger jetzt genügende Caution noch leisten kann, während bei seiner Handlungsweise zu befürchten steht, er könne später solche nicht mehr leisten. Allein aus diesem Grunde wird eine Provocation nicht wohl gestattet werden können bei dieser Einrede. Zwar steht nicht entgegen, daß im schlimmsten Fall eine juratorische Caution verlangt werden dürfe; denn diese giebt keinen Ersatz für den wirklich eingetretenen Verlust. Auch die Schwierigkeit für den Provocanten, die desfällige Bescheinigung zu liefern, kann nicht hinderlich sein, da diese zu beseitigen eben Sache des Provocanten wäre. Wohl aber steht entgegen, daß die Einrede, abgesehen davon, daß sie überhaupt mit der Sache in keinem Zusammenhang steht, nicht unbedingt jedem Beklagten entgegengesetzt werden kann, sondern nur unter bestimmt gegebenen Verhältnissen, die aber der demnächstige Kläger jeden Augenblick zu beseitigen vermag. Würde man hier eine Provocation zulassen, so würde der auferlegte Klagezwang immer nur bedingungsweise ausgesprochen werden dürfen, nämlich für den Fall, daß Provocat die Cautionsleistung nicht durch Umzug überflüssig mache, oder solche schon vorher beschaffe, was keinen Sinn hat, und jedenfalls den Provocaten einem ganz ungerechtfertigten Zwange unterwerfen würde. Wäre man nun gar der Ansicht (welche, wie demnächst zu berühren, auch vorkommt), daß der Provocat im Hauptproceß keine Proceßcautionen zu leisten hätte, so wäre der Widerspruch vollkommen.

Demnach kommen nur noch die die merita causae betreffenden Einreden in Betracht.*) Es fragt sich, aus welcherlei Gründen etwa diese unwirksam werden können und ob in allen Fällen, in denen eine solche Unwirksamkeit einzutreten droht, die provocatio als ein rechtlich zulässiges Mittel zu erachten wäre, um dem Verluste vorzubeugen. Wäre es denkbar, daß eine Einrede durch unfreiwilligen Nichtgebrauch eher ihre Wirksamkeit verlieren könne, als eine Klage, so wäre ja hier der Anlaß geboten, solche Unebenheit des Rechts durch die Provocation zu beseitigen. Allein das ist eben nicht denkbar; wir kennen wohl eine Klagenverjährung, weil, sobald die actio nata ist,

*) Fuchs, Intr., III S. 3, scheint sich der allgemeineren Ansicht anzuschließen. Die Provocation ist zulässig, wenn die Klagzögerung reo damnosa sit, vel esse possit, d. h. nach ihm si tempore peritura sit exceptio aut reo nihil profutura, itemque si is solus plenam illius habeat notitiam, et metuat ne heredes post mortem sub justo clypeo succumbant. Und § 8 im Formular: „Da mir dann die probatio, welche jetzo zur Hand habe, defficiren könnte". — Darnach kann es nicht auffallen, wenn Fuchs erzählt, daß nicht allein diese prov. hier zu Lande üblich, sondern daß im Jahre 1681 allein drei solcher Processe im Landgericht anhängig gemacht seien.

*) Daß diese Eintheilung die hier allein relevante ist, nicht die von dilatorischen und peremtorischen Einreden, hat Martin, a. a. O., S. 324 N. z., schon hervorgehoben. Fuchs, a. a. O., § 4, der auch die Unzulässigkeit resp. Zulässigkeit der Provocation von dem dilatorischen oder peremtorischen Character der Einrede abhängig macht, fügt jedoch bezüglich der ersteren hinzu: „nisi non purae dilatoriae, sed ex parte quoque peremptoriae sint, e. g. exceptio ordinis.

Digitized by Google

dem von da an freien Belieben des Klägers, agendo aufzutreten oder nicht, der Rechtssicherheit wegen eine Schranke gesetzt werden muß. Eine exceptio kann aber nicht eher geltend gemacht werden, als bis die Klage erhoben; der Begriff einer der actio nata analogen exceptio nata giebt es nicht; daher kann es auch keine Einredenverjährung geben und ist daher zwar einerseits für den Beklagten eher keine Möglichkeit vorhanden, seine Einreden geltend zu machen, als bis er belangt worden, so kann andererseits von dieser Seite her ihm niemals ein Verlust bevorstehen. Etwas Anderes ist es, wenn einigen Einreden, als der exceptio non numeratae pecuniae, dotis und der exceptio doli,*) eine bestimmte Zeit vom Gesetze für ihre Wirksamkeit vorgeschrieben ist; das ist keine Einredenverjährung, hat auch einen andern Grund, als die Verjährung. Diese Einreden, einerlei, ob wirkliche oder scheinbare, verlieren allerdings ihre Bedeutsamkeit, wenn sie nicht eben innerhalb der gesetzten Zeit geltend gemacht werden. Aber diesem Verluste kann der Beklagte indirect auf andere Weise zuvorkommen, da jenen Einreden sämmtlich auch selbstständige Klagen zur Seite gehen, mithin dadurch die Nothwendigkeit des Gebrauches der Provocation schwindet.**)

Also sind die beiden oberwähnten Momente, welche der Provocation erst Raum verschaffen, hier gar nicht vorhanden. Eben so wenig bedarf es noch weiteren Nachweises, daß der drohende Verlust der Einreden nicht vom Beklagten selbst veranlaßt worden sein darf. Dies kann zwar nicht eintreten bei jenen Einreden, denen nur Wirksamkeit in vorgeschriebener Zeit zusteht, wenigstens nicht dadurch, daß etwa die für die entsprechende Klage bestimmte Zeit unbenutzt verstrichen wäre. Denn so lange die Einrede wirksam ist, ist es auch die Klage; diese erlischt nicht früher als jene und eine Nichtbenutzung der Klage in der zulässigen Zeit beginnt ihre Folgen erst in demselben Augenblick zu zeigen, wo auch die Einrede unwirksam geworden ist. Die Verschuldung, welche hier vorliegt, hat also indirect schon die Einrede selbst mit völlig unwirksam gemacht. Andererseits kann es überall nicht als Verschuldung angesehen werden, wenn z. B. der Bürge sich für einen Schuldner verbürgt, dessen materielle Insolvenz ihm bekannt ist, oder wenn er sich Mitbürgen, die gleichfalls materiell insolvent sind, gefallen läßt. Das ihn dadurch muthmaaßlich treffende Unglück hat er selbst veranlaßt; aber daß er gleich von vornherein auf die ihm als Bürgen zustehenden Beneficien hat verzichten wollen, liegt keineswegs vor. Hätte dagegen der Bürge den Schuldner oder einen Mitbürgen bis dahin gerichtlich verfolgt, daß dieser sich als unpfandbar ausgewiesen hätte, und wollte Jener nun den Gläubiger ad agendum provociren, damit er, der Bürge, seine bedrohte exceptio excussionis und divisionis zur Geltung bringe, so würde der Gläubiger im Provocationsproceß wohl mit Recht sich darauf berufen dürfen, nicht sowohl, daß der Schuldner oder Mitbürge sich bereits materiell insolvent erwiesen, sondern, daß eben der Provocant denselben dahin gebracht, also sich selbst seine Einrede gefährdet habe. Es genügt also nicht, zu sagen, die Gefahr für die Einrede müsse durch äußere Umstände veranlaßt sein; auch die äußeren Umstände darf der Provocant nicht veranlaßt haben. Im Uebrigen sind es wohl nur noch die exceptio ordinis und divisionis, bei welchem eine von Außen kommende Gefahr denkbar erscheint, und jedenfalls bilden sie die in der Praxis fast einzig vorkommenden Fälle, welche zu der provocatio ex l. si contendat Anlaß geben. Daß bei diesen Einreden die Gefahr möglich, daß die Provocation hier zulässig, Beides läßt sich nicht bezweifeln. Man muß sich nur die Lage der Dinge hier vergegenwärtigen. Ein Bürge will für den Hauptschuldner nur subsidiar einstehen, ebenso nur subsidair auch die Last seiner Mitbürgen tragen, für den Fall nämlich, daß diese Persönlichkeiten die übernommenen Verbindlichkeiten zu erfüllen außer Stande sind. Er hat also ein Recht darauf, daß dieselben in erster Reihe erfüllen resp. mit erfüllen. Darauf sind eben die ihm zur Seite stehenden Beneficien gerichtet. Allein die Wirkung dieser Rechtswohlthaten ist von materieller Bedeutung eben nur so lange, als jene zahlen können; sie sind daher im Grunde auch nur für diesen Fall berechnet. Soll der durch sie gewährte Rechtsschutz aber von Belang sein,

*) D. h. der exceptio doli specialis und auch dieser nur bis zu einem gewissen Umfange.

**) Diejenigen, welche die Subsidiarität der Provocation leugnen, sind hier natürlich a. M., z. B. Schmid, Handbuch, III S. 63 ff.

Digitized by Google

so muß er sich, scheint es, unter zweierlei Umständen geltend machen können. Einmal — der gewöhnliche Fall —, wenn der Gläubiger wirklich klagt, d. h. gegen den Bürgen allein klagt. Allein der Gläubiger kann auch nicht klagen, die Vermögensverhältnisse des Schuldners resp. des Mitbürgen dagegen in Veranlassung factischer Vorgänge, mögen diese letzteren rein casuell sein oder in bestimmter Handlungsweise jener Personen ihren Grund haben, sich so gestalten, daß offensichtlich der Zweck der Einreden nicht erreichbar sein wird, wenn man ihn nicht jetzt zu erreichen sucht. In solchem Falle ist zweifelsohne die Nothwendigkeit vorhanden, daß der Zweck erreicht werde, weil anders wieder nicht beiden Parteien ein gleichmäßiger Rechtsschutz zu Theil werden würde. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß die immer nur subsidiar zulässige Provocation Aushülfe gewähren dürfe; es ist vorgängig noch darzuthun, daß auf anderem Wege der erforderliche Rechtsschutz gar nicht zu erreichen ist und daß dies wenigstens bezüglich der Einrede der exceptio divisionis der Fall, ist eine ausgemachte Sache. Dagegen hat man hinsichtlich der exceptio ordinis wohl darauf hingewiesen, daß ja das Römische Recht schon *) dem Bürgen eine Klage auf Befreiung von der Bürgschaft gegen den Schuldner gegeben, wenn dieser bona sua dilapidare coepit. Allein es bedarf nicht weiten Nachweises, daß diese Klage ausreichende Hülfe nicht gewährt. Denn mag auch der Schuldner schuldig erkannt werden, den Bürgen von der Bürgschaft zu befreien, so ist doch immer sehr problematisch, ob er es will und ob er es kann. Denn der Gläubiger, wenn er überall verpflichtet ist, statt des einmal gestellten Bürgen sich einen andern gefallen zu lassen, braucht doch jedenfalls nur mit einem anderen gleich sicheren Bürgen zufrieden zu sein. Daß aber der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger die Bürgschaft lösen werde, ist aus vielen Gründen höchst ungewiß. Ueberdies spricht die cit. L. 10 nur von dem einen Fall, daß der Schuldner beginne, sein Vermögen zu verschwenden und daher die justa metuendi causa kenne; nicht auch, wenn derselbe ohne seine Schuld in Vermögensverderb geräth; eine analoge Anwendung der nur arg. a contr. herausgebrachten Bestimmung auf diesen Fall kann nicht zulässig sein.*)

Ist demnach sowohl für die Wirksamkeit der exceptio divisionis als ordinis kein anderer Schutz denkbar, als in der Provocation des Gläubigers zur Klage, so erledigen sich die sonst noch erhobenen Bedenken sehr leicht. Daß für den Provocanten im Provocationsproceß die Lieferung des Nachweises der justa metuendi causa ihre große Schwierigkeit habe, ist gewiß und ein Anzeichen dafür ist, daß, seitdem diese Provocation in die richtigen Gränzen gewiesen worden, sie von den Practikern sehr selten zur Hand genommen wird, eben weil die Durchführung derselben so selten als möglich erscheint, wie denn z. B. in unsern „Anzeigen“ sich nicht ein einziger desfälliger Provocationsfall mitgetheilt findet.**) Allein diese Schwierigkeit kann das Rechtsmittel selbst nicht als unzulässig oder als unmöglich erscheinen lassen. Ferner ist es wahr, daß der Provocant den Provocaten auffordert, gegen ihn selbst zu klagen, und wenn die Klage angestellt wird, ihn, den Provocaten, wieder an einen anderen zu Belangenden verweisen will, so wie, daß der Provocat und Kläger mit der Anstellung der Klage gegen den Schuldner und Mitbürgen doch wieder zögern kann. Geschähe wirklich das letztere, so würde der demnächst wiederbelangte Provocant mit Fug nunmehr mittelst der exceptio doli zum Zweck gelangen können;***) jener, wenn man ihn so nennen will, Umweg liegt aber in der eignen Wahl des Gläubigers, denn wenn

*) L. 10 C. 4, 35. Dieses Rescript der Kaiser Diocletian und Maximinian, in gegebener Veranlassung erlassen, schlägt bekanntlich grade die Klage dem Bürgen ab, weil dazu keinerlei Gründe angegeben waren. Es ist aber nie bezweifelt gewesen, daß arg. a contr. aus diesem Rescript dem Bürgen gegen den Schuldner eine Klage auf Befreiung von der Bürgschaft gewährt werden müsse, wenn eben die aufgeführten Gründe vorhanden sind.

*) Die Meinung Martins a. a. O., S. 330, daß durch die Bestimmung der L. 10 cit. bei der exc. ord. für die Provocation keine Lücke auszufüllen sei, dürfte daher kaum stichhaltig sein.

**) Wenn ich einer flüchtigen Durchsicht des Seuffertschen Archivs trauen darf, auch in diesem Werke nicht.

***) Martin, a. a. O., S. 328.

Digitized by Google

auch die Provocation formell eine Klage gegen den Provocanten intendirt, materiell will sie eben eine Klage gegen den Hauptschuldner und Mitbürgen erreichen, und da der Gläubiger in Folge der Provocation ja weiß, daß eine Klage gegen den Bürgen eben vorläufig vereitelt werden soll, so wird man es ihm allein doch nur zur Last legen können, wenn er nicht sogleich die in Wirklichkeit gewünschte Klage anstellt. Der Einwand, daß die Klage gegen den Bürgen ja nicht eher nata sei, als bis der Hauptschuldner und der Mitbürge formell insolvent seien, erledigt sich dadurch, daß der Gläubiger ja gerade durch sein Stillsitzen diese Insolvenz mit herbeiziehen wird, und der Bürge doch nicht für das eigene Verschulden des Gläubigers aufzukommen verpflichtet erachtet werden kann; wie ja denn auch sonst die Haftungspflicht des Bürgen eine andere wird, wenn ohne sein Zustimmen der Gläubiger dem Schuldner eine neue Zahlungsfrist bewilligen würde.

§ 10.

Das Provocationsverfahren.

a) Forum.

Regelmäßig wird von den Proceßrechtslehrern das Verfahren im Provocationsproceß für beide Arten Provocationen besonders abgehandelt. Da der Begriff der Provocation aber doch immer, mag der eine oder andere Umstand auch die specielle Voraussetzung der resp. Art sein, einer und derselbe ist, so müssen die Grundzüge des processualischen Verfahrens gleichfalls stets dieselben sein. Von diesem Gesichtspunkte aus möchte es sich auch wohl rechtfertigen, daß nur von einem beiden Provocationsarten gemeinsamen, also nur von einem Provocationsverfahren gehandelt werde. Freilich sind die beiden Provocationsarten in ihren resp. Voraussetzungen verschieden, daher kann auch selbstfolglich das insbesondere vom Provocanten summarisch Nachzuweisende nur verschieden sein, und endlich muß auch in dem Rechtsschutz, der, wenn eine Klagerhebung nicht zu ermöglichen ist, dem Provocanten auf anderem Wege zu Theil werden muß, sich eine Verschiedenheit zeigen, je nachdem die Veranlassung der resp. Provocationsart eine verschiedene ist. Durch alles dies werden aber nicht die wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens afficirt, sondern nur Modificationen in Einzelheiten nothwendig. Die Darstellung des einen Provocationsverfahrens möchte durch letzteres nicht gestört werden, in Bezug auf ersteres aber manche Wiederholungen überflüssig machen.

Die nächste Frage ist, bei welchem Gerichte als dem competenten das Provocationsverfahren einzuleiten sei, ob bei dem des Provocanten oder bei dem des Provocaten? Denn es ist heut zu Tage wenigstens als unbestritten anzunehmen, daß nur diese beiden Fora in Betracht kommen können. Jedes dieser beiden Fora hat man als das richtige verfochten, d. h. theoretisch, in der Praxis hat man, wie selbst von den Anhängern der entgegenstehenden Ansicht anerkannt wird, überwiegend stets das Forum des Provocanten als das allein competente angesehen. Schon zur Glossatorenzeit betrachtete man dies Forum als das ausschließlich competente, was vielleicht mit der damaligen Auffassung des remedium als eine durch dasselbe im Contumazfall zu erzielende Justizverweigerung zusammenhängt, wenigstens was die provocatio ex lege diffamari anlangt; für das Forum des Provocanten bei dieser Provocation berief man sich darnach auch auf die aus den Sätzen des Baldus, wie schon erwähnt, irrig gezogene Ansicht, daß in der Berühmung eine Aufforderung zur Vertheidigung schon liege, ein Grund, der jedenfalls nicht bei der provocatio ex lege si contendat vorhanden war. Später läßt man auch in der Praxis hin und wieder das Forum des Provocaten zu; ja für die Diffamationsklage stellte man sogar wohl jedes Forum als competent auf, theils unter Hinweis auf die Worte der lege diffamari „unum atque alterum", theils aus dem Gesichtspunkt einer prorogatio fori. Das Forum des Provocaten aber hat bei dieser Provocation theoretisch bis auf die jüngste Zeit herab seine eifrige Verfechter gefunden, wobei eben dieselben Rechtslehrer gar keinen Anstoß daran genommen haben, daß auch sie bei der provocatio ex lege si contendat das Forum des Provocanten für das richtige hielten. Denn bei dieser wird das Forum des Provocaten, und zwar auch nur, als zulässig, nicht ausschließlich zulässig von denen wohl vertheidigt, welche eine provocatio ad agendum contra tertium annehmen.*)

*) S. das Citat bei Bayer, summarischer Proceß, S. 146 N. 2.

Digitized by Google

Bei diesem Gewicht historischer Thatsachen ist man begreiflicher Weise um so begieriger, zu erfahren, wie die Gesetzgebung sich über die Frage ausgesprochen, dann, für welche jener Ansichten innere Gründe am meisten sprechen möchten. Bekanntlich hat aber die Reichsgesetzgebung mit der provocatio ex l. si contendat sich gar nicht beschäftigt und die von dem forum der Diffamationsklage allein handelnde Stelle der Kammergerichtsordnung, 1555, Th. II, Tit. 25, und des Jüngsten Reichsabschiedes, § 83, sind in der Auslegung sehr bestritten. Jene erstere Stelle*) anlangend, so ist ihr allgemeiner im Eingang angegebener Zweck zwar der, daß den Parteien nicht ohne Grund ihr ordentliches forum und die ihnen zustehenden Instanzen abgeschnitten werden sollen; dabei ist aber festzuhalten, daß sie diesetwegen eben dazu gedrängt ward, zu bestimmen, wann beim Kammergericht Provocationsproceß und Hauptsache anhängig gemacht werden dürften, wann aber nicht. Zweierlei wird mit völliger Bestimmtheit hervorgehoben. Auf jene Frage soll nach dem Schlußsatze der Gerichtsstand des Diffamanten gar keinen Einfluß haben; es ist durchaus irrelevant, ob dieser etwa ein Reichsunmittelbarer ist und in erster Instanz unter dem Reichskammergericht steht. Andererseits wird in den vorangehenden Sätzen eben so bestimmt gesagt: das forum des Diffamaten, wie der Hauptsache, um die es sich handle, komme in Betracht. Hiernach sollte man doch nicht wohl darüber zweifelhaft sein können, daß die Kammergerichtsordnung das forum des Provocanten als ein competentes für die Provocationsklage angesehen wissen will. Freilich spricht sie nur ausdrücklich vom Reichskammergericht; aber sie deutet in keiner Weise an, daß sie hier ausnahmsweise habe etwas statuiren wollen, vielmehr schwebt ihr jener Satz offenbar als eine allgemeine Regel vor, die sie grade bezüglich der Competenz des genannten höchsten Reichsgerichts zur Anwendung bringt. Auch gegen die ausschließliche Competenz des forum des Provocanten möchte sich aus der besprochenen Stelle der Kammergerichtsordnung schwerlich etwas entnehmen lassen. Man hat in dieser Beziehung darauf hingewiesen, daß in dem Fall, wenn der Diffamat dem Reich ohne Mittel unterworfen, aber nicht in erster Instanz dem Reichskammergericht, ja offenbar das forum des Provocanten nicht als ein ausschließliches bezeichnet sei, sondern daneben die Competenz des Reichskammergerichts anerkannt werde. Aber, fragt man dann billig, welches konnte der Grund für die Competenz des Reichskammergerichts in solchem Fall sein? Anzunehmen, der Diffamant sei diesem Gerichte in erster Instanz unterworfen und daher die Competenz zugelassen, ist im Widerspruch mit dem Schlußsatze des Tit. 25. Denn darnach soll, wie bemerkt, das forum des Provocaten gar nicht in Betracht kommen.

(Die Fortsetzung folgt.)

*) Kammergerichtsordnung, a. a. O. „Als auch durch die Proceß ex l. diffamare — den Partenen wider Unsere Kaiserliche und des Reichs Ordnung ihr ordentliche Gericht und Instantz abgeschnitten und entzogen worden; demnach setzen und ordnen Wir,

daß Lex diff. an dem Cammer-Gericht verstanden und gebraucht werden soll in Friedbrüchigen Schmach- und andern dergleichen Sachen —, auch nicht anders, denn so die ansuchende Partei, die in der Haupt-Sach Antworter, Uns und dem Reich sonst ohn Mittel unterworfen, oder an das Cammer-Gericht vermög Unser und des Reichs Ordnung, ohne Mittel gehörig —.

Und so solche Proceß erkannt und darauf die Diffamation, wie sich gebührt, in Recht dargethan, so soll alsdann dem Diffamanten, so der Diffamirte dem Cammergericht in erster Instanz unterworfen, oder sonst die Sachen ihrer Natur nach dahin gehörig, vor demselben Cammer-Gericht: Wo aber der Diffamirte ohne Mittel dem Reich, aber in erster Instanz dem Cammer-Gericht nicht unterworffen, vor dem Richter, dahin die Sach ordentlich gehöret, eine genannte Zeit seine Klag vorzubringen, mit dem Anhang, wenn er dies nicht thut, daß ihm ein ewig Stillschweigen auferlegt sein soll, angesetzt, und sonst u. s. w.

Wo aber der Diffamat dem Reich nicht ohne Mittel unterworffen, auch der, oder die Sach, ihrer Natur nach, dahin in erster Instanz nicht gehörig: Soll auf Anhalten derselben Parthey an Unserm Kayserlichen Cammer-Gericht wider den Diffamanten, unangesehen, was Obrigkeit derselbe unterworfen, kein Proceß erkannt, sondern die Sach in beyden Punkten der Diffamation und Haupt-Sach vor die ordentliche Gericht gewiesen worden.

Digitized by Google

Entſcheidungen.

Ueber die bei der Schüttung von fremdem Vieh zur Anwendung kommenden Grundſätze.

In Sachen des Eingeſeſſenen Schlüter zu Altenmoor, per mand. Paul Kahlke daſelbſt, Kläger, jetzt Supplicanten,

wider

den Eingeſeſſenen Hinrich Oſenbrüggen zu Altenmoor, Beklagten, jetzt Supplicaten,

wegen Auslieferung zweier Schweine, jetzt Supplication gegen den Beſcheid des Gerichts für das Amt Steinburg d. d. 19. September v. J.,

ergeben die Acten:

Supplicant hat am 19. September v. J. bei dem Gerichte für das Amt Steinburg wider den Supplicaten klagend vorgebracht:

Beklagter habe zwei dem Mandanten des Klägers gehörige Schweine, die er in ſeinem Garten getroffen, geſchüttet und verlange jetzt für Auslieferung derſelben an Schadenserſatz 2 ℛ 64 ß und die Fütterungskoſten vom 1. September angerechnet.

Nach Anſicht des Klägers könne Beklagter überall keinen Schadenserſatz in Anſpruch nehmen, auch nicht zum Schütten der Schweine berechtigt ſein, da das Gartenland und der dabei befindliche Vorhof nach der Straße hin mit einer Befriedigung nicht verſehen ſei. Er bitte daher, daß Beklagter ſchuldig erkannt werde, ihm die beiden Schweine innerhalb drei Tagen wieder auszuliefern und die Koſten zu erſtatten.

Beklagter bemerkte hiergegen: er habe zwei dem Mandanten des Klägers gehörige auf ſeinem Gartenlande betroffene und von ſeinen Birnen und ſeinem Kohl eſſende Schweine am 1. September Nachmittags geſchüttet, d. h. in Ermanglung eines öffentlichen Schüttſtalles in ſeinem eigenen Stalle untergebracht. Die Auslieferung derſelben gegen Erſatz des angerichteten Schadens, den er auf 2 ℛ 64 ß angeſchlagen, und der Fütterungskoſten von 32 ß per Tag habe er dem Kläger angeboten, der aber bisher davon keinen Gebrauch gemacht habe. Indem er bemerke, daß ſein Garten nach der Straße hin wegen der großen Enge derſelben und weil er ſeinen drei Nachbarn über den Vorhof eine Ueberfahrt geſtatten müſſe, mit einer Befriedigung nicht verſehen ſei, bitte er, den Kläger mit ſeiner Klage abzuweiſen und zur Erſtattung der Koſten zu verurtheilen.

Replicando iſt vom Kläger beſtritten worden, daß die Schweine in der kurzen Zeit, in der ſie ſich im Garten befunden, den vom Beklagten berechneten Schaden hätten anrichten können, wogegen vom Beklagten duplicando bemerklich gemacht wird, daß die Schweine ſeinen Kohl verwüſtet und von ſeinen eben vom Baume geſchüttelten Birnen gefreſſen hätten.

Das Gericht für das Amt Steinburg hat in demſelben Termine erkannt:*)

daß Kläger mit ſeiner Klage ref. exp. abzuweiſen.

Gegen dieſes Erkenntniß hat Kläger das Rechtsmittel der Supplication eingewandt und ſeine Beſchwerden darin geſetzt:

1) daß Supplicat nicht ſchuldig erkannt ſei, dem Supplicanten die beiden Schweine unentgeltlich binnen drei Tagen wieder auszuliefern und die Koſten zu erſtatten;
2) eventuell, daß Supplicat nicht ſchuldig erkannt ſei, dem Supplicanten innerhalb drei Tagen ein Schwein wieder auszuliefern und binnen vierzehn Tagen zu beweiſen, daß die von ihm geſchütteten beiden Schweine einen Schaden von

*) Die Entſcheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß nach dem Sachſenrecht und nach unbezweifeltem Herkommen dem Eigenthümer das Recht zuſteht, das auf ſeinem Grund und Boden vorgefundene fremde Vieh zu ſchütten und die Auslieferung deſſelben bis zur erfolgten Erſtattung des angerichteten Schadens und der Fütterungskoſten zu verweigern;

in Erwägung, daß, da Citant nicht in Abrede ſtellen kann, daß die Schweine ſeines Mandanten auf dem Gartenlande des Citaten geſchüttet worden, ſein Einwand aber, daß Citat wegen mangelnder Befriedigung des Gartenlandes keinen desfälligen Schadenserſatz in Anſpruch nehmen könne, nicht zu berückſichtigen, derſelbe mit der erhobenen Klage, ſo wie ſie angebracht, unter Koſtenerſtattung abzuweiſen.

Digitized by Google

2 ℛ 64 ß, oder wie viel weniger, ihm verursacht hätten, unter Aussetzung der Kosten;

3) in omnem eventum, daß nicht Supplicant ohne solche Beweisauflage zur Auslieferung eines Schweines verurtheilt sei.

Nach eingezogener Erklärung der Supplicaten steht zur Frage: ob und in wie weit diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß, da der Schaden, welcher dem Beklagten durch die geschütteten Schweine verursacht worden, von ihm auf 2 ℛ 64 ß R.-M. angeschlagen worden ist und da die Schüttung nur mit der Entziehung so vieler Pfandobjecte vollzogen werden darf, als zur Sicherung der muthmaaßlichen Entschädigungsansprüche und Kosten nothwendig ist, es offenbar ungerechtfertigt war, daß der Beklagte nicht auf die Aufforderung zur Auslieferung der Schweine das eine derselben sofort hat verabfolgen lassen und das judicium quo ihm demnach jedenfalls zur Auslieferung des einen der beiden Schweine hätte verurtheilen müssen, daß es aber nach Maaßgabe der gestellten Beschwerden noch weiter zur Frage steht:

1) ob in diesem Falle überhaupt eine Schüttung zuläßig gewesen, und event.

2) ob nicht dem Beklagten in Betreff der Größe des Schadens eine Bescheinigung hätte auferlegt werden müssen;

in Erwägung jedoch, daß wenn der Kläger dem Beklagten das Recht zur Schüttung aus dem Grunde bestritten hat, weil der Garten des Letzteren, in welchem die Schweine betroffen worden, nach dem öffentlichen Wege zu nicht gehörig eingefriedigt gewesen und Beklagter dadurch selbst den durch die Schweine in seinem Garten verursachten Schaden herbeigeführt habe, man ihm hierin nicht beistimmen kann, da eine allgemeine Vorschrift oder ein Gewohnheitsrecht dafür, daß Jeder sein Land nach der Straßenseite zu einfriedigen müsse, nicht existirt und derjenige, dessen Vieh öffentliche Wege passirt, in geeigneter Weise dafür Sorge zu tragen hat, daß es den Landanliegern keinen Schaden verursache;

in weiterer Erwägung, daß eben so wenig ein Grund zu einer Beweisauflage über die Größe des Schadens vorliegt, da, wenn auch Kläger die von dem Beklagten behauptete Größe desselben bestreitet, diese doch hier nicht in Frage steht, da nicht von dem Beschädigten auf Erstattung des angerichteten Schadens, sondern von dem Eigenthümer der geschütteten Schweine auf deren Restituirung geklagt worden und das Recht zur Schüttung und Retinirung des Viehes bekanntlich nicht davon abhängig ist, daß der geforderte Schadensbetrag die Höhe des angerichteten Schadens nicht übersteige, und

in Erwägung, daß der Eigenthümer des schadenstiftenden Viehes zwar nicht verpflichtet ist, jede, auch die übertriebenste Schadensforderung zu bezahlen, andererseits aber auch nicht berechtigt ist, die Auslieferung des zur Sicherung des Schadensanspruches gepfändeten Viehes zu verlangen, bevor er seinem Gegner anderweitige Sicherheit für die Berichtigung des erweislichen Schadens und der Kosten bestellt hat, und daher, da dies im vorliegenden Fall nicht geschehen, der Beklagte berechtigt ist, das eine der Schweine noch ferner zu retiniren;

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 10. October v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Steinburger Amtsgericht vom 19. September v. J. dahin abzuändern sei:

daß Beklagter schuldig sei, dem Kläger das eine der geschütteten Schweine binnen drei Tage ab ins. gegen Ersatz der Fütterungskosten von 16 ß R.-M. per Tag auszuliefern, während es im Uebrigen bei dem Erkenntnisse verbleibt,

unter Vergleichung sämmtlicher bisher auf diesen Rechtsstreit verwandten Kosten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 20. Januar 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

8. Stück. — Den 22. Februar 1864.

Ueber
provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Fortsetzung.)

Es kann also der vorhergehende Satz nicht das Gegentheil supponiren, gar nicht einmal davon zu reden, daß das Schweigen dieses Satzes davon, es werde hier das Reichskammergericht als Forum des Diffamanten vorausgesetzt, doch gar zu auffällig ist. Vielmehr wird man daran festhalten müssen, daß bei den Worten, „wo aber der Diffamirte ohne Mittel dem Reich — unterworfen", an das Reichskammergericht als an ein über den Diffamirten zuständiges Forum gedacht wird. Die Gegensätze, die die beiden ersten Sätze des Tit. 25 hervorheben wollen, möchten nämlich folgende sein. In dem ersten Satze handelte es sich bloß darum, wann das Reichskammergericht für den Provocationsproceß competent sei; in dem zweiten, wann auch die Hauptsache dort angebracht werden könne. Nun war es möglich, daß der Diffamat in erster Instanz das Reichskammergericht sortirte, aber auch, daß die Hauptsache an dieses forum gewiesen wäre. Jedes war ausreichend, um die Competenz dieses Gerichts zum Erkennen der Provocationsprocesse zu begründen; denn bei den Worten des ersten Satzes, „oder an das Cammer-Gericht vermög Unser und des Reichs Ordnung, ohne Mittel gehörig", ist wohl zu suppliren „die Sache", so daß zu lesen wäre, „oder die Sache u. s. w." In dem zweiten Satz, betreffend die Frage, wo die Hauptsache zu verhandeln sein werde, müßte unterschieden werden. Traf Beides zusammen, nämlich, daß der Diffamirte in erster Instanz dem Kammergericht unterworfen und auch die Sache dahin gehörig war oder, wenn auch nur letzteres allein der Fall war, so war das Kammergericht auch zur Entscheidung der Hauptsache competent. Anders aber, wenn ersteres allein statt hatte, also die Sache nicht vor das Kammergericht gehörte. Dann sollte, weil der Diffamirte als Reichsunmittelbarer seinen persönlichen Gerichtsstand vor dem Kammergericht hatte, die betreffende Hauptsache keine, man möchte sagen, dinglich privilegirte war, jenes Gericht wohl den Provocationsproceß entscheiden, aber nicht die anderswohin gehörige Hauptsache an sich ziehen können. Dieser Sinn möchte sich ergeben, wenn man, wie des vorangegangenen Gegensatzes wegen nöthig erscheint, die Worte supplirend so liest: „Wo aber der Diffamirte ohne Mittel dem Reich, aber (die Hauptsache) in erster Instanz dem Kammergericht nicht unterworfen."

Ein Anderes und Mehreres besagt schwerlich auch der § 83 des Jüngsten Reichsabschiedes.*) Daß darin

*) § 83 des Jüngsten Reichsabschiedes: „— — nach Erkennung der Processen aber soll vor Allem die Diffamation vollkömmlich erwiesen und auf deren Beweisung die Haupt-Sach an das Gericht remittirt

Digitized by Google

die Erlaubniß ausgesprochen, die Provocation könne auch in dem persönlichen Gerichtsstande des Diffamanten angebracht werden, davon findet sich keine Spur und eine solche Voraussetzung erscheint auch zur Erklärung der Stelle gar nicht erforderlich.*) Es ist darin lediglich von den Gerichtsständen die Rede, unter denen der Provocant sortirt, mag er sie nun seiner Person oder der Sache wegen sortiren.**) Letztere Unterscheidung wird von Belang, wenn dieserwegen verschiedene Fora zuständig sind. Das der Person des Provocanten zustehende Forum soll nicht die Verhandlung der anderswohin gehörenden Hauptsache an sich ziehen können. Uebrigens möchten wir hier zu Lande grade ein analoges Beispiel vorfinden. Der Provocationsproceß gehört seiner summarischen Natur wegen zur Cognition desjenigen Amthauses u. s. w., unter welchem der Provocant in summarischen Sachen steht, die Hauptsache muß aber, sobald für diese eine summarische Cognition nicht zulässig ist, beim ordentlichen über den Provocanten zuständigen Gerichte eingeleitet werden.

Endlich spricht auch ein innerer Grund für die hier gebilligte Ansicht. Der Provocationsproceß (sei es ex lege diffamari oder ex lege si contendat) in sich allerdings selbstständig, hängt doch in so fern unmittelbar mit dem Hauptproceß zusammen, als er diesen eben veranlassen soll, und ist von diesem Gesichtspunkte aus ein präparatorisches Verfahren, das wegen seiner materiellen Connexität mit der Hauptsache nur da statthaben kann, wo auch die Hauptsache verhandelt werden kann oder wo der Provocant „Antworter" zu sein verpflichtet ist; denn es ist wohl zu beachten, daß der Richter in der Provocationsklage immer auch ein, wenn auch bei Einleitung des Processes nur noch hypothetisches Urtheil über die Hauptsache zu sprechen hat, das sich am Schluß in gleich hypothetischer Form wiederholen kann, nämlich des im Ungehorsamsfall eintreten sollenden ewigen Stillschweigens resp. der Aufrechthaltung einer Einrede, oder wie man sich hier auszudrücken haben möchte, worüber später.*) Das kann mit dem gehörigen Erfolge immer nur von demjenigen Gerichte geschehen, welches in der Hauptsache zu sprechen befugt ist, aus dem Grunde, weil es ein dem Provocanten zuständiges Gericht ist. Welche Wirkung sollte es haben, wenn das Forum des Diffamanten diesem Stillschweigen auferlegt hätte, desungeachtet aber der Diffamant später den Diffamaten bei dessen Forum belangt? Die exceptio rei judicatae setzt doch ein von einem competenten Gerichte abgesprochenes Erkenntniß vor. Der von den Gegnern dieser Ansicht gewöhnlich vorgebrachte Einwand: consequent müsse dann auch immer bei demjenigen Forum die Hauptsache verhandelt werden, bei dem die Provocation angebracht worden oder aber es ergebe sich, daß doch zwei verschiedene Fora erkennten, wenn auch beide dem Provocanten zuständig, erledigt sich leicht. Es ist allerdings wahr, wenn man den Provocaten nicht eines Rechtes berauben will, so muß ihm die Wahl bleiben, bei welchem von mehreren Foris des Provocanten er die Hauptsache einleiten will. Allein diesseits wird nicht behauptet, daß immer da, wo der Provocationsproceß eingeleitet worden, auch die Hauptsache angebracht werden müsse. Denn es ist eine allgemein anerkannte Regel, daß der Provocationsproceß keine Prävention begründe. Aber es wird diesseits als nothwendig hervorgehoben, daß die Hauptsache bei einem dem Provocanten zuständigen Forum eingeleitet werden müsse, möge diese Competenz in der Person oder in der Sache selbst ihren Grund haben. Hätte dann auch ein anderes, aber dem Provocanten zuständiges Gericht dem Provocaten ewiges Stillschweigen u. s. w. auferlegt, so würde Ersterer doch gegen spätere Klagen des Letzteren geschützt sein. Denn die diesen entgegengestellte exceptio rei judicatae würde sich auf ein Urtheil stützen, welches von

werden, wohin dieselbe ihrer Eigenschaft und Umständen nach gehört."

*) Bayer, summarischer Proceß, § 55 N. 6.

**) Eine ähnliche Auffassung s. bei Schmid, Handbuch, III S. 51 ff.

*) Im Uebrigen ist die Provocation von keinem Einfluß auf die Hauptsache. Dem Provocanten geht im Hauptproceß die Einrede der Verjährung nicht verloren; denn durch die Provocation wird die Verjährung nicht unterbrochen. Eben so wenig die Einrede der zu leistenden Caution für Kosten und Widerklage, wie man deshalb wohl annimmt, weil der Provocant zur Klage gezwungen werde. Ueber Anderes s. im Texte unten.

Digitized by Google

einem competenten Gericht gefällt worden wäre. Nur eine Einschränkung wird man hier machen müssen. Eine Concurrenz der dem Provocanten zustehenden verschiedenen Fora wird man voraussetzen müssen. Wäre die Hauptsache, z. B. eine Ehescheidungsklage, an ein ausschließliches Forum gewiesen, so konnte nicht bei dem persönlichen Gerichtsstande des Provocanten ad agendum provocirt werden. Allein eine Ausnahme ist dies kaum. Der Ehemann als solcher sortirt nicht das seiner Person im Uebrigen zuständige Forum.

Daß das Forum des Provocanten für die Provocation das allein competente sei, ist bei uns zu Lande immer angenommen worden; schon Fuchs*) bezeugt das, mehrfache Präjudicate neuerer Zeit bestätigen es**) und Francke, Proceß, II § 24 N. 2, sieht es mit Recht als eine ausgemachte Sache an. Wählt der Diffamat indeß für die Provocation das Forum des Provocaten und Letzterer läßt bei eben diesem Forum sich ein, so haben beide Parteien das Gericht auch für die Hauptsache als competent anerkannt; der Provocat muß zwar nicht bei demselben die Hauptklage erheben, denn die Wahl wird ihm auch hier noch bleiben müssen; aber er kann es, ohne daß er die Einrede des incompetenten Gerichts zu befürchten hätte; denn es wird angenommen, der Provocant habe sich durch die Wahl bei der Provocation demselben Gerichte auch in der Hauptsache unterwerfen wollen.***) Es ist nicht stichhaltig, wenn man dies deshalb bestreitet,†) weil die beiden Processe zwei ganz getrennte selbstständige Streitfragen behandelten; nur der Anlaß zu beiden ist verschieden und in dem resp. Proceß wird darüber jedesmal selbstständig verhandelt. Der Zweck des Provocationsprocesses hängt dagegen unmittelbar mit dem Hauptproceß zusammen und in jenem Proceß wird, wie schon bemerkt, hypothetisch auch über die Hauptsache in einem gewissen Umfange abgesprochen, so daß aus diesem Grunde auch jene Folgerung sich sehr wohl rechtfertigt. Uebrigens könnte auch für den Provocationsproceß ein über beide Parteien incompetentes Gericht und zwar mit denselben Folgerungen gewählt werden; daß aber in der bloßen Annahme des Provocationsmandats seitens des Provocaten keine Anerkennung des competenten Gerichts liege,*) braucht kaum bemerkt zu werden, da die Annahme des Decrets kaum wird verweigert werden können, jedenfalls aber in dem ruhigen Behalten oder gar in dem gänzlichen Stillschweigen des Provocaten niemals eine Anerkennung gefunden werden darf.

*) Introd. III, 1, 4, mit dem Hinzufügen: „quamvis si diffamatus plura fora competentia habeat, diffamans in alio diffamati foro actionem instituere non prohibeatur.

**) Anz. 1838, S. 182, H.; 1843, S. 172, Schl.; 1855, S. 171, H.

***) Anz. 1855, S. 171, H.

†) Muther a. a. O., S. 185.

§ 11.

Fortsetzung.

b. Grundzüge des Verfahrens.

Das Verfahren im Provocationsproceſſe, wie es sich auch im Einzelnen gestalten möge, trägt durchweg einen summarischen Character. Auf die ordnungsmäßig beschaffte Eingabe des Provocanten hat der angegangene Richter an den Provocaten die Auflage**) zu erlassen, binnen präfigirter Frist Klage zu erheben, widrigenfalls er die ausdrücklich namhaft zu machenden Nachtheile über sich ergehen zu lassen hat, worüber später. Da nun dieser Auflage gegenüber dem Provocaten seine Vertheidigung belassen werden muß, so fragt sich nur, in welcher Form am zweckmäßigsten weiter zu verfahren ist. In der älteren Praxis war es überwiegend gebräuchlich, daß der Richter mit jener Auflage zugleich die Anberaumung eines (vom Provocanten beantragten) Termins verband, zu welcher die Parteien zur Verhandlung der Sache geladen wurden; auch Fuchs***) gedenkt nur dieses modus procedendi für beide Provocationsarten. Diese Art zu verfahren bot doch mancherlei Schwierigkeiten. Erschien der Provocat nicht im Termin, so ward die Anberaumung eines zweiten Termins für nöthig erachtet; beim aber-

*) Schmid, Handbuch, S. 50; Muther a. a. O., S. 196.

**) Daß darin der berühmte Anspruch resp. der Hauptanspruch ausdrücklich vom Provocanten in Abrede gestellt werde, ist nicht nöthig.

***) A. a. O., III, 1, 5 und 3, 5.

Digitized by Google

maligen Ausbleiben deſſelben ward dann auf den Eintritt der für den Fall unterbliebener Klagerhebung angedrohten Nachtheile erkannt. Eben darauf ſollte erkannt werden, wenn der im Termin erſchienene Provocat keine relevante Vertheidigung vorbrachte. Jedoch war man hierüber keineswegs einig, indem man es eben ſo ſehr vertheidigte, daß nunmehr erſt definitiv dem Provocaten die Auflage zu Klagen sub poena ꝛc. gemacht werden müſſe. Unter Umſtänden kann aber durch ſolches Verfahren der Rechtsgang auch wohl vereinfacht werden und möchte ſich für einzelne Provocationsfälle wegen der Möglichkeit wenigſtens raſcherer Erledigung, wie auch wegen der durchgängig wohl geringeren Koſten empfehlen und kann als unzuläſſig jedenfalls nicht bezeichnet werden. Regelmäßig wird aber ein ſchriftliches Verfahren, wie wir es heut zu Tage faſt ausſchließlich kennen, in Form des Mandatsproceſſes ſich mehr empfehlen, theils weil nicht ſelten das Verfahren in Folge der ſofort erhobenen Klage aufhört, theils weil dem Provocaten mehr Raum zur Vertheidigung wird.*)

Es iſt ſelbſtverſtändlich, daß in einem wie andern Fall die Parteiverhandlung bis zur Duplik fortgeſetzt werden kann.

Weiter fragt ſich nun, was der Provocant behufs Einleitung des Proceſſes zu beſchaffen habe. Ohne Weiteres leuchtet ein, daß die Obliegenheit deſſelben in beiden Provocationsklagen eine verſchiedene ſein müſſe, wenigſtens in Bezug auf einen Punkt. Die Diffamationsklage nimmt ihre Begründung von einem poſitiven Gebaren des Provocaten, während dies bei der andern Klage nicht der Fall; dort hängt der Provocationsanlaß mit der Hauptſache nicht weiter zuſammen, als daß er eben in der Kundgebung des Anſpruchs beſteht, hier dagegen ſteht der Anlaß in unmittelbarer Verbindung mit der Hauptſache; darin beſteht zwiſchen beider Art Provocanten zwar kein Unterſchied, als ob in erſterem Falle der Grund der Hauptklage geleugnet, in letzterem eingeräumt werde; denn auch in dieſem letzteren Fall gilt das Anführen der Hauptſache im Provocationslibell nicht als Eingeſtändniß, weil neben der Ableugnung des Klaggrundes ſehr wohl die Behauptung, auch durch eine Einrede die Klage elidiren zu können, beſtehen kann,*) aber ein weiterer Unterſchied beſteht darin, daß das factum diffamationis ein außerhalb des Bereichs der Parteien in die Aeußerlichkeit getretene Erſcheinung iſt, mithin deſſen Nachweis immer als möglich angenommen werden muß, während das der provocatio ex lege si contendat zu Grunde liegende Verhältniß ſehr häufig allein den Parteien bekannt iſt. Man wird alſo dem letzteren Provocanten nicht abverlangen können, daß er ſofort den Nachweis des zu Grunde liegenden Verhältniſſes erbringe oder auch ſolches nur wahrſcheinlich mache, um ſo weniger, als durch das Unterbleiben ſolchen Nachweiſes dem Provocaten gar kein Nachtheil zugefügt wird. Denn leugnet er den Grund der Klage — der einzige Fall, der in dieſer Beziehung in Betracht käme —, ſo fällt die Provocation in ſich zuſammen und die Koſten ſind vom Provocanten zu tragen und nur im beſonderen Verfahren vom Provocanten wieder erſtattet zu erhalten, wenn dieſe Erſtattung durch ein doloſes Ableugnen des früheren Provocaten motivirt werden könnte. Was ſpeciell die exceptio ordinis und divisionis anlangt, ſo könnte das Bürgſchafts- und Mitbürgſchaftsverhältniß durch Vernehmung des Hauptſchuldners und der Mitbürgen als Zeugen gar nicht wahrſcheinlich gemacht werden, da ſie offenbar testes in causa propria wären. Alſo bis ſo weit wird man ſich mit der einfachen Erzählung des Provocanten zu begnügen haben;**) nun hängt aber die Begründung der Provocation weiter davon ab, daß der Einrede die Gefahr bevorſtehe, unwirkſam zu werden. Auch in dieſer Beziehung iſt

*) Francke, Proceß, II S. 64.

*) Bayer a. a. O., § 61 N. 2. Das qui excipit, non fatetur gilt ſchon hier.

**) S. indeß Bayer a. a. O., § 61 N. 6: „Auch zu einem Beweiſe der zu rettenden Einrede kann es im Provocationsproceſſe kommen, weil das Daſein einer Einrede zu dem Fundamente eines Provocationsantrages gehört.“ S. dagegen Mittermaier, Beiträge, IV S. 279. Die Beſchränktheit der Beweismittel, die bei der provocatio ex lege diffamari wenig fühlbar wird, würde die Durchführung der provocatio ex lege si contendat ſehr oft unmöglich machen. Schmid, Handbuch, III S. 71, ſpricht ſich hier nicht beſtimmt genug aus.

Digitized by Google

eine Bescheinigung der Gefahr bringenden Thatsachen gesetzlich nicht vorgeschrieben; allein es möchte doch mit Rücksicht darauf, daß grade der Umstand der Gefahr die Ausnahme von der Regel nemo invit. etc. gebietet, sich rechtfertigen lassen, daß hier einige Wahrscheinlichkeit von dem Provocanten vorgelegt werde. Selbstverständlich kann von völliger Erhärtung selten die Rede sein, schon weil der Begriff der Gefahr an sich nicht erhärtet werden kann, sondern immer nur aus vorliegenden Thatsachen richterlich gefolgert wird. Ein Absehen aber auch von aller Wahrscheinlichkeit würde dem Provocaten einen nicht motivirten, mithin unzulässigen Zwang auflegen und sicher zum leichtsinnigen Provociren führen oder auch der Provocation überhaupt eine Ausdehnung geben, wie sie ihr nimmer zukommen kann.

Von dem ex lege diffamari Provocanten ist dagegen aus inneren wie gesetzlichen Gründen zu verlangen, daß er die Diffamation dem Richter als wirklich stattgehabt vorlege und erhärte, wobei, da es sich um schleunige Bescheinigung handelt, gemeinrechtlich, wie auch bei uns, die Eidesdelation, weil sie eben nicht zu den schleunigen Beweismitteln zählt, für unzulässig erachtet wird.*) Es bedarf nicht der Erwähnung, daß auch dieser summarische Beweis erst in contradictorio erbracht werden kann und muß und daß es hier nicht bei Wahrscheinlichkeiten sein Bewenden haben kann. Streitig dagegen ist, ob der Provocant diese Bescheinigung sofort mit Einreichung seines Libells schon erbringen müsse. Einige nehmen dies an,**) lassen also die Erbringung besserer Bescheinigung nicht zu. Allein das anscheinend Gefährliche für eine Provocation bei solcher Ansicht verschwindet wieder, wenn man erfährt, daß im Fall solch mangelhafter Bescheinigung die Provocation nur „angebrachtermaaßen“***) abgewiesen wird, was denn die Einreichung eines anderweitigen Provocationslibells nicht hindert. Es ist nun oft gar nicht möglich, die Bescheinigung sofort in beweisender Form vorzulegen, weil hierbei, abgesehen von dem nothwendig vorangehen müssenden Anhören der Gegenpartei, eben häufig der angegangene Richter mitzuwirken hat. Fuchs bemerkt denn auch, unter Anführung des Mynsinger, bei Einreichung des Libells: „nudis copiis quoad hunc passum fidem habere.“ Leugne im Termin der Provocat und die bisher gelieferte Bescheinigung reiche nicht aus: diffamato eam plene probare incumbit, was wohl nicht viel Anderes heißen kann als, es werde auf bessere Bescheinigung erkannt. Jedenfalls hat das Holsteinische Obergericht in dem Anz. 1862, S. 6, mitgetheilten Rechtsfall darauf erkannt und dabei zugleich ausgesprochen, daß z. B. unbeeidigte Zeugenaussagen eine genügende Bescheinigung zur Abgebung eines Provocationsmandats seien. Das vormalige Schleswigsche Obergericht geht aber (freilich unter Berufung auf dortige Praxis) zu weit, wenn es zur Erwirkung des Mandats eine sofortige Bescheinigung nicht fordert, d. h. keinerlei Wahrscheinlichmachung, denn der Provocant hatte in dem concreten Fall, Anz. 1849, S. 190, seinem Gesuche nicht die geringste Bescheinigung angefügt.

Das Erkennen auf bessere Bescheinigung dürfte sich aber nur auf die Diffamation beziehen. Bezüglich des Legitimationspunkts, z. B. bei Provocationen wegen berühmter dinglicher Ansprüche, hat der Provocant auf sofortige Erbringung einer genügenden Bescheinigung sich zu richten.

Daß der Provocant Proceßcaution zu leisten habe, wird bei beiden Provocationen am richtigsten geleugnet, theils weil es sich um eine summarische Procedur handelt, theils weil die zu liefernde Wahrscheinlichkeit jene Caution schon so ziemlich überflüssig macht. Man kann zu dieser Anforderung auch nur kommen, wenn man aus der Provocation eine selbstständige Klage macht. Um so eigenthümlicher nimmt sich dabei die Einschränkung, welche man macht, aus, daß die

*) Fuchs a. a. O., „per documenta vel testes.“

**) Z. B. Muther a. a. O., S. 163.

***) Man sollte diesen Ausdruck sowohl bei einer sofortigen Zurückweisung, als bei einer nach stattgehabter Verhandlung zu erkennenden Abweisung vermeiden. Eine Klage kann überhaupt vor der Verhandlung in contr. nur dann „angebrachtermaaßen“ zurückgewiesen werden, wenn eine unrichtige Proceßform gewählt worden, Francke, Proceß. I S. 329. Nach der Verhandlung aber ist der Ausdruck deshalb unrichtig, weil eine eigentliche Klage gar nicht vorliegt.

Digitized by Google

Caution nur soweit beizubringen, „in so weit sie hier überhaupt einen Sinn haben", *) was denn unserer Ansicht im endlichen Resultat ziemlich gleichkommen möchte.

§ 12.

Fortsetzung. Vertheidigung des Provocaten.

Abgesehen von dem Fall, wenn nach eingeleiteter Provocation der Provocant selber sich als contumax erweist, von wo an jede weitere Vertheidigung des Provocaten überflüssig wird, weil, wenn ohne die fernere Thätigkeit des Provocanten die Sache ihren Fortgang nicht nehmen kann, auf Anhalten des Provocaten eine Abweisung der Provocation unter Verurtheilung in die Kosten erfolgen muß — abgesehen von diesem Fall, hängt der Verlauf des Processes vorzugsweise von dem Verhalten des Provocaten ab, je nachdem er sich zu vertheidigen sucht oder nicht, und im letzteren Fall, ob er sich gehorsam bezeigt oder überhaupt stille sitzt. Es sind zunächst zwei Fälle hervorzuheben, in denen das Verhalten des Provocaten scheinbar das weitere Verfahren überflüssig macht, in Wirklichkeit aber doch der einen oder andern Partei wegen erforderlich ist, wenigstens bei der Diffamationsklage. Der Provocat kann nämlich erklären, den qu. Anspruch nicht an den Provocanten zu haben. Eine provocatio ex lege si contendat wird dadurch, wie schon im Vorhergehenden erwähnt, ihre Erledigung finden müssen, auch dem Provocaten Tragung von Kosten der Regel nach nicht auferlegt werden können. Anders bei der provocatio ex lege diffamari. Einerlei, ob Provocat die Diffamation nebenher einräumt oder leugnet; der Provocationsproceß ist nicht erledigt, da, wie das Holsteinische Obergericht, Anz. 1862, S. 6, mit Recht sagt, wenn Provocat sich wirklich eines Anspruchs an den Provocanten, welcher ihm nach seiner jetzigen Erklärung nicht zusteht, berühmt hat, der Provocant zu dem Verlangen berechtigt ist, daß ihm, dem Provocaten, von Gerichtswegen ewiges Stillschweigen auferlegt werde. Der zweite Fall ist, daß der Provocat nach erlassenem Provocationsmandat sofort die Klage anstellt. Bei der provocatio ex lege si contendat ist damit der Proceß zu Ende; eine Kostentragung kann den Provocaten hier wieder nicht treffen, weil er bisher kraft der ihm zur Seite stehenden Rechtsregel stillsitzen durfte und er für die äußern Umstände, welche das Provocationsgesuch resp. Mandat, wenn es auch vor seiner Klagerhebung eingereicht resp. erlassen ward, nicht aufkommen kann. Dieselbe Hinfälligkeit des Provocationsprocesses nimmt man aber in gleichem Fall auch an, wenn ex lege diffamari provocirt ward. *) Der Hauptzweck ist freilich erreicht und in so fern wird der richterliche Spruch völlig überflüssig; nicht aber ist damit auch schon der Kostenpunkt erledigt. Hat nämlich der Provocat wirklich diffamirt, so hat er auch die Kosten des im Provocationsverfahren bis zu seiner Klagerhebung hin erwachsenen Kosten äußerlich veranlaßt; lehnt er die Diffamation ab, so ist er nicht geneigt und, die Wahrheit seiner Ablehnung vorausgesetzt, auch nicht verpflichtet, solche Kosten zu tragen. Der Richter wird daher, bis er über diesen Punkt zur Klarheit gekommen ist, das Verfahren fortsetzen müssen. Es wird hierbei natürlich vorausgesetzt, daß der Provocat neben der sofortigen Klagerhebung auch in Betreff der behaupteten Diffamation sich äußerte. Als dritten Fall möchte man auf den ersten Blick hierher zu zählen geneigt sein, wenn der Provocat seinen Anspruch sofort liquide vorzulegen suchte, also gleichsam die Einrede der Wahrheit opponirte. Es versteht sich, daß, wenn hierauf der Provocant den Anspruch einräumt, das Verfahren sein Ende haben muß. Allein im Leugnensfall kann in diesem Verfahren niemals völlige Liquidität des bestehenden oder noch jetzt bestehenden Anspruchs vom Provocaten beigebracht werden, da solche Liquidität immer nur in contradictorio zu erreichen ist und auf derartige Verhandlung hier der Provocant sich nicht einzulassen braucht.

(Der Beschluß folgt.)

*) Muther a. a. O., S. 163.

*) Bayer a. a. O., § 57 A.

Digitized by Google

Entſcheidungen.

Ueber die für die Ausſtellung eines Erblegitimationsbeſcheides zu berechnende Gebühr.

Der Umſtand, daß das Reinbecker Amtsgericht von den Teſtamentsexecutoren des Hofbeſitzers Siemers, wailand zu Siemershof, für einen auf ihren Antrag ihnen ertheilten Legitimationsatteſt, in welchem es ihnen die zu ihrer Legitimation dienenden Thatſachen bezeugt hatte, die in dem Großfürſtlichen Regulativ vom 3. September 1773, betreffend die Emolumente und Sporteln des Amtmanns für das Amt Reinbeck, normirte Gebühr für eine Urtel beanſprucht hatte, gab dieſen Executoren Veranlaſſung, ſich mit einem Recurſe an das Holſteiniſche Obergericht zu wenden, mit welchem ſie in dem nachſtehenden Beſcheide Gehör fanden.

Auf die sub praes. den 1. September d. J. hieſelbſt eingereichte Vorſtellung und Bitte des Höftmanns Georg Stubbe zu Billwärder und des Mühlenbeſitzers Eduard Neubauer in Steinbeck als Teſtamentsexecutoren des verſtorbenen Hofbeſitzers Caſper Friedrich Siemers zu Siemershof, Supplicanten,

betreffs einer vom Königl. Gerichte für das Amt Reinbeck geforderten Gebühr für Ausfertigung eines Legitimationsatteſtes,

wird von Obergerichtswegen nach hierüber erſtattetem Berichte des Reinbecker Amtsgerichts den Supplicanten, bei Retradirung der Originalanlagen ihrer Vorſtellung, hiemittelſt zum Beſcheide ertheilt, daß der auf einſeitiges Anhalten der Erben des wailand Hofbeſitzers Caſper Friedrich Siemers zu Siemershof in Anſehung ihrer Eigenſchaft als Erben ausgefertigte Legitimationsatteſt als eine „Urtel, ſo Geld und Geldeswerth betrifft“ nicht anzuſehen iſt, indem durch denſelben lediglich factiſche Verhältniſſe bezeugt, ſtreitige Verhältniſſe aber ſo wenig entſchieden werden, als der Natur des Decrets nach haben entſchieden werden können, und daher für Ausfertigung des gedachten Atteſtes die für eine Urtel normirte Gebühr nicht hat berechnet werden dürfen, ein Herkommen, wonach dieſe Gebühr für Legitimationsatteſte der in Rede ſtehenden Art im Amte Reinbeck beſtanden, auch nicht docirt worden iſt, indem, wenn ſolches auch in einem einzelnen Falle geſchehen, dieſer doch für künftige Fälle als maaßgebend nicht erachtet werden kann, daß daher für den gedachten Legitimationsatteſt eine weitere Gebühr als die gewöhnliche Decretengebühr nicht berechnet werden kann.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holſteiniſchen Obergerichte zu Glückſtadt, den 26. October 1863.

Der Landrichter v. Linſtow wandte ſich gegen dieſen Beſcheid mit einer Extrajudicialappellation an das Holſtein-Lauenburgiſche Oberappellationsgericht, erhielt aber den folgenden abſchlägigen Beſcheid.

Auf die am 27. November v. J. hieſelbſt eingegangene Einführung und Rechtfertigung der Seitens des Kammerjunkers, Landrichters von Linſtow zu Trittau in Nachlaßſachen des Hofbeſitzers Caſper Friedrich Siemers zu Siemershof gegen den Beſcheid des Holſteiniſchen Obergerichts vom 26./28. October v. J., betreffend den von den Erben beſtrittenen Anſpruch auf Bezug der 1 Procent Urtelsgebühr von beregtem Nachlaſſe, eingewandten Extrajudicialappellation,

wird,

in Erwägung, daß das vorliegende Rechtsmittel nach den in der Praxis geltenden Grundſätzen als Officialbeſchwerde für ſtatthaft zu erachten iſt; und

in Erwägung, die Hauptſache betreffend, daß der vom Querulanten in Bezug genommene Paſſus des Großfürſtlichen Sportelregulativs vom 13. September 1773 ſo lautend: „für eine Urtel, ſo Geld oder Geldeswerth betrifft, nach dem quanto litis 1 Procent, ſonſten ex aequo et bono 24 ß bis 1 ℔ nach den Regeln doctrineller Auslegung nur von Entſcheidungen, welche in Proceßſachen abgegeben werden, verſtanden werden kann, daher an und für ſich nicht den Anſpruch auf Bezug der 1 Procentgebühr von dem unterm 16. Juni 1863 durch das Reinbecker Amtsgericht abgegebenen Erblegitimationsbeſcheide zu rechtfertigen vermag, da in dieſem über keine ſtreitige Rechte entſchieden worden iſt; und

in Erwägung, daß zwar ferner der Querulant ſich darauf berufen hat, daß auf dem Wege der Uſualinterpretation eine weitere Auslegung jener Geſetzesvorſchrift, vermöge welcher Beſcheide der in Rede ſtehenden Art

Digitized by Google

unter dieſelbe zu ſubſumiren ſeien, Gültigkeit erlangt habe, daß jedoch dieſe Anſicht des Querulanten in dem dafür Beigebrachten keine hinreichende Begründung findet, da zwar nachgewieſen worden iſt, daß von einem Amtsvorweſer in vier namhaft gemachten Fällen für Erblegitimationsbeſcheide die jetzt ſtreitige Gebühr erhoben worden iſt, daß jedoch, — zumal in dem einen der angeführten Fälle, welcher in den Nachlaßacten des Friedrich Gatermann verhandelt iſt, der betreffende Beſcheid über ſich entgegenſtehende Erbansprüche entſchieden hat, und daher mit Recht als ein Urtel im Sinne des Sportelregulativs aufgefaßt werden konnte, eben deshalb aber für die jetzt vorliegende abweichende Vorausſetzung nicht maaßgebend werden kann — der Umſtand, daß in drei vereinzelten Fällen von dem nämlichen Beamten eine durch das Sportelregulativ nicht gerechtfertigte Gebühr erhoben worden iſt, eine gewohnheitsrechtliche Abänderung deſſelben nicht darzuthun vermag,

hiemit

ein abſchlägiger Beſcheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Holſtein-Lauenburgiſchen Oberappellationsgericht zu Kiel, den 30. Januar 1864.

Die Supplication iſt in Injurienſachen durch Einreichung der Supplicationsſchrift bei den Oberdicaſterien zu proſequiren.

Auf die mit Bericht des Neumünſterſchen Amthauſes unterm 16. d. Mts. hier eingegangene Supplicationsſchrift abſeiten des Eingeſeſſenen Bernhard Alexander Koch in Neumünſter, Beklagten, modo Supplicanten,

wider

den Eingeſeſſenen Heinrich Martens daſelbſt, Kläger, modo Supplicaten,

wegen angeblicher Real- und Verbalinjurien, modo supplicat. contra sent. des Amthauſes zu Neumünſter vom 21./22. December 1863,

wird,

in Erwägung, daß die Vorſchrift des § 4 der Verordnung über das Verfahren in Injurienſachen vom 11. Mai 1798, nach welcher die Supplicationsſchrift in Injurienſachen der Obrigkeit, welche den Beſcheid abgegeben, zur Einſendung an das Oberdicaſterium zu überliefern, durch den § 23 der Verordnung vom 22. Auguſt v. J., betreffend die Appellation und Supplication an die Oberdicaſterien, aufgehoben worden, welcher für alle Supplicationsſachen die unmittelbare Einreichung der Recursſchrift bei dem Oberdicaſterium verfügt hat;

in Erwägung, daß es daher, wenn, wie im vorliegen Falle geſchehen, die Supplicationsſchrift dem Untergericht überreicht worden, für die Frage nach der rechtzeitigen Proſequirung des Rechtsmittels ſich darum handelt, ob der Bericht, mit welchem von dieſem die Supplicationsſchrift an das Oberdicaſterium eingeſandt worden, noch innerhalb der geſetzlichen Introductionsfriſt eingegangen iſt;

in Erwägung aber, daß dies im gegenwärtigen Fall nicht geſchehen, da das angefochtene Erkenntniß dem Supplicanten am 22. December v. J. inſinuirt, der bei Einſendung ſeiner Supplicationsſchrift unterm 14. Januar d. J. erſtattete Bericht des Neumünſterſchen Amthauſes aber am 16. ſ. Mts. hieſelbſt eingegangen und daher auf Grund des § 24 der vorcitirten Verordnung, da eine als nothwendig vorgeſchriebene Friſt von dem Supplicanten verſäumt worden, ſeine Supplication ſofort zu verwerfen iſt,

dem Supplicanten von Obergerichtswegen hiemittelſt zum Beſcheide ertheilt:

daß auf ſeine Supplicatiou nicht eingetreten werden könne.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holſteiniſchen Obergerichte zu Glückſtadt, den 27. Januar 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

9. Stück. — Den 29. Februar 1864.

Ueber
provocationes ad agendum

(von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster).

(Beschluß.)

Die dem Provocaten im Uebrigen zuständige Vertheidigung ergiebt sich sowohl in Hinsicht der dilatorischen als peremtorischen Einreden aus dem, was im Vorhergehenden über formelle und materielle Voraussetzungen der Provocationen gesagt worden. Die ersteren Einreden sind herzunehmen aus der mangelnden Legitimation (z. B. fehlenden Nachweises des Besitzes des Provocanten), Incompetenz des Gerichts, Dunkelheit des provocantischen Vorbringens u. s. w. In letzterer Hinsicht reducirt sich so ziemlich Alles darauf, daß die Provocation in unzulässiger Weise erhoben worden. Einzelnes ist hier nur noch kurz zu berühren. Da wir den Begriff der provocatio ad probandum verwerfen, so kann von einer exceptio compensationis nicht die Rede sein, Anz. 1862, S. 6. Die Einrede der bereits anhängigen Klage ist nicht bloß dann begründet, wenn die provocirte Klage selbst bereits eingeleitet war, sondern auch dann, wenn dasjenige Factum, welches die provocirte Klage begründen soll, in einer andern bereits anhängigen Klage zur Entscheidung kommen wird. Ein Beispiel giebt der Anz. 1855, S. 172, mitgetheilte Rechtsfall. Eine Geschwängerte erhebt gegen den Schwängerer Klage auf Vollziehung eines durch die Schwängerung bestärkten Eheversprechens. Darnach provocirt der angebliche Schwängerer die Geschwängerte zur Verfolgung ihrer Ansprüche aus der Schwängerung gegen ihn. Wenn jene beim Consistorium eingeleitete Klage auch ein anderes Ziel verfolgte, so mußte doch daselbst die Schwängerung, die zur Basis dieser Klage mit diente, schon zur Dijudicatur kommen, so daß also diese Klage im präjudiciellen Verhältniß zur provocirten stand, mithin die der Provocation opponirte Einrede der bereits erhobenen Klage allerdings begründet war, indem, wenn die Provocatin beim Consistorium siegte, sie nicht noch eine Defloration sklage anstellen konnte.

Bei der provocatio ex lege si contendat möchte noch hervorzuheben sein, daß, da nur die, wenn auch bedrohte, doch noch wirksame Einrede geschützt werden soll, die Vertheidigung darauf wird hinweisen dürfen, daß bereits wirklich die Einrede unwirksam geworden, als die Provocation eingeleitet ward, z. B. der Hauptschuldner, der Mitbürge zahlungsunfähig, was schon als constatirt anzunehmen, wenn die Unpfandbarkeit sich herausgestellt hat. Dieser Nachweis liegt aber, da der zahlungsunfähige Zustand nicht präsumirt wird, dem Provocaten ob. Unterläßt er es, im Provocationsverfahren diese Einwendung vorzubringen, so kann ihm dieselbe als Replik im Hauptproceß doch nicht verloren gehen, sofern nicht der die Einrede elidiren sollende Umstand grade durch die fernere Klagezögerung entstanden. Da übrigens das Provocationsverfahren nur mit dem einen Punkt der so gefährdeten Einrede sich beschäftigt, so kann der Provocat im Hauptproceß alle sonstigen Einwendungen gegen die

Digitized by Google

Einrede benutzen, wenn er sie auch früher unerwähnt gelassen hätte, da in dieser Beziehung der Provocationsproceß nicht Einfluß hat.

§ 13.

Fortsetzung. Contumaz.

Eine besondere Erörterung bedarf die Contumaz der Parteien, so wie die Folgen dieser Contumaz.

Ein gleichzeitiger Ungehorsam beider Parteien erscheint beim schriftlichen Verfahren, bei welchem die Thätigkeit der resp. Parteien immer erst einander folgt, nicht denkbar, kann also nur da eintreten, wo ein Termin zur Verhandlung anberaumt worden. Bleiben beide Parteien in diesem Termin aus, so ist, da der Richter nicht ohne Parteiantrag verfahren kann, die Ladung und mit ihr das darin etwa enthaltene Mandat für erloschen zu erklären, nicht aber ein neuer Termin anzuberaumen, mit andern Worten, die Sache ist bis auf neues Andringen des Provocanten für das Gericht nicht mehr als anhängig zu betrachten*) und daher auch ein vom Provocaten nachträglich ausgebender Antrag um Anberaumung eines neuen Termins nicht zu beachten.**) Von diesem Gesichtspunkt aus erledigt sich auch die Frage über die Kostentragung. Das Gericht hat keinen Anlaß, sich darüber zu verbreiten. Es versteht sich nämlich von selbst, daß die Kosten eines solchen Erkenntnisses incl. Terminsgebühren zu verlegen sind vom Provocanten, wie er sie auch zunächst hätte verlegen müssen, wenn er allein erschienen wäre. Dann freilich hätte er den Provocaten in die Kosten verurtheilen lassen können. Allein ein solcher Antrag fehlt jetzt. Es möchte nicht zu billigen sein, wenn gelehrt wird,***) die Terminskosten seien beiden Theilen gemeinschaftlich zu übertragen, denn auch bezüglich des Erscheinens zum Termin ist der Ungehorsam des Provocaten immer durch den Gehorsam des Provocanten bedingt und jener nicht denkbar, wenn der Provocant ungehorsam ausbleibt, weil in solchem Fall der Provocat wohl ein Recht noch, nicht mehr aber eine Verpflichtung zum Erscheinen hat. Die Kosten, die der Provocat anderweitig bereits gehabt hat, muß er freilich selbst tragen, und so käme also das zum Resultat, was man unter Kostencompensation versteht. Allein hierauf erkennen, scheint es, kann das Gericht nicht.

Bleibt der Provocant im Termin aus, so bedarf es nicht erst der näheren Begründung, daß der erschienene Provocat auf Abweisung jenes resp. auf die Wiederaufhebung des Provocationsmandats, so wie auf Erstattung der angeursachten Kosten antragen kann, ebenso, wie wenn im schriftlichen Verfahren der Provocant mit der auferlegten besseren Bescheinigung, wie mit der Replik, so weit diese zur richterlichen Instruction nöthig ist, ausbleibt.

Bleibt dagegen der Provocat im Termin aus oder verantwortet sich nicht, erhebt auch nicht sofort die Klage, so nahm man, meint Muther, in der ältern wie neuern Praxis an, daß nunmehr auf Anhalten des Provocanten eine abermalige Auflage zur Klageerhebung binnen bestimmter Frist sub poena etc., gegen welche denn eine Vertheidigung nicht mehr zulässig wäre, zu erfolgen habe; ob dies ganz richtig, möchte zweifelhaft sein, da der von Muther angeführte Gaill*) wohl einer bina citatio erwähnt, aber,

*) Muther a. a. O., S. 165.

**) Der Schlußsatz des § 10 der Verordnung vom 14. Juli 1863, betreffend die Folgen des Ungehorsams u. s. w.: „Der Rechtsstreit (wenn beide Parteien im Termin ausbleiben) ruht, bis eine der Parteien auf Ansetzung eines neuen Termins anträgt," möchte hier nicht einmal analog anwendbar erscheinen, weil es sich hier nicht um einen selbstständigen Rechtsstreit, sondern nur um ein präparatives Verfahren handelt.

***) Muther a. a. O., S. 165, und der daselbst citirte Osterloh, Lehrbuch des Processes, I S. 273; vgl. dagegen den § 10 der eben citirten Verordnung vom 14. Juli 1863, wonach (im ordentlichen Processverfahren), wenn beide Parteien im Termine ausbleiben, nur der Kläger in eine Brüche verurtheilt werden soll.

*) Gaill, obs. I, 12 N. 4. Et ita se habet communis et in camera approbata opinio: Bina citatio requiritur, ad hoc, ut contumaci perpetuum silentium imponatur. Auch Bayer hält dafür, daß nunmehr dem Provocaten die Klageauflage sub poena zu machen. Allein für beide Arten Provocationen (§ 57 und § 62 a. a. O.) hält er es für zweckmäßig, daß der Provocationsantrag zuerst ohne solche Auflage dem Provocaten zur bloßen Erklärung mitgetheilt werde, wodurch denn im gedachten Contumazfall die nunmehr erlassene Auflage vollkommen richtig ist. Man

Digitized by Google

wie es ſcheint, zur Verantwortung (event. auch zur Klagerhebung, aber nicht in der zweiten citatio lediglich ad agendum), ſo daß alſo wohl ein zweiter Termin anberaumt wurde, aber, wenn in dieſem Provocat wieder ausblieb, nunmehr ſofort das perpetuum silentium oder bei der provocatio ex lege si contendat die entſprechende Auflage auferlegt wurde. Hierfür ſpricht die Aeußerung unſeres grade auf Gaill ſich berufenden Fuchs, welcher (III, 1, 8 und 3, 6) ſagt: citationem semel factam renovari petit, et si nec tunc compareat diffamatus, denuo contumaciam illius accusat et ut ei tanquam notorie contumaci per sententiam perpetuum imponatur silentium petit. Die zweite Ladung war alſo eine peremtoriſche, obwohl, wie man nach dem von Fuchs III, 3, 9, mitgetheilten Formular abnehmen kann, ſchon die erſte Ladung die angedrohte poena perpetui silentii enthielt. Schon früher und mehr noch in neuerer Zeit hat man ſich der Anſicht zugeneigt, daß eine citatio genüge reſp. ein Provocationsmandat, und daß im Contumazfall des Provocaten nach Verſtreichung des Termins reſp. der Friſt ſogleich der Provocant um Auferlegung des Stillſchweigens ꝛc. anhalten könne. So möchte es auch bei uns zu Lande wohl verhalten werden, ſo weit nicht überhaupt erſt der Provocationsantrag zur bloßen Erklärung mitgetheilt iſt. So hat in dem Anz. 1863, S. 10, mitgetheilten Fall der Provocant, dem Provocaten aufzuerlegen, binnen 6 Wochen sub poena praeclusi et perpetui silentii zu klagen, und ward ein entſprechendes Mandat vom Obergericht abgegeben. Wäre der Provocat hiergegen contumax geblieben, ſo iſt nicht einzuſehen, warum nicht die angedrohte poena ſogleich hätte erkannt werden können. Bei dieſem Anlaſſe möge die Bemerkung eingeſchaltet werden, wie ſich hieraus ergiebt, daß man bei uns zu Lande die Form des inländiſchen unbedingten Mandatsproceſſes vor Augen hat, was auch viel richtiger erſcheint, als für den Provocationsproceß den bedingten Mandatsproceß zu Grunde zu legen,*) was, wenn man das Provocationsverfahren ſelbſt mit einer bina citatio oder dem Aehnliches recht ins Auge faßt, nicht recht paſſen will, da der bedingte Mandatsproceß erſt in den unbedingten übergehen muß und dann in letzterem noch die Vertheidigung nicht ganz abgeſchnitten iſt. Jedoch ſind die Anſichten auch hierüber bekanntlich verſchieden.*)

Läßt der Provocat auf die Provocation ſich nicht ein, erhebt aber die Klage rechtzeitig (was aber noch nicht durch bloße Abhaltung eines Audienztermins erreicht wird, Anz. 1863, S. 80, und noch weniger durch ein bloßes Erbieten zur Klagerhebung), ſo iſt zwar die Friſt innegehalten, aber nicht ſalvirt, zeigt ſich, daß die Klage wegen unrichtig gewählter Proceßform, wegen Dunkelheit u. ſ. w. irgendwie abgewieſen iſt und inzwiſchen iſt die Friſt zur Klagerhebung verſtrichen, ſo kann nunmehr der Provocat keine andere Klage mehr einbringen,**) Anz. 1855, S. 171. Iſt die Klage nicht allein rechtzeitig, ſondern auch gehörig erhoben worden, ſo hat der Provocat dem Mandate genügt und auf den Ungehorſam in Bezug auf die immer nur event. obliegende Verantwortung kommt es nicht mehr an. Eine Koſtentragung kann ihm dieſetwegen nicht auferlegt werden;***) es bleibt daher auch richtiger der Koſtenpunkt im Provocationsmandat vorbehalten. Zeigt ſich in der Hauptklage, daß der Provocat wirklich den Anſpruch hatte, ſo wäre es unbillig, ihm die Provocationskoſten aufzubürden, weil die Berühmung mit begründeten Anſprüchen Niemandem unterſagt iſt. Wird er dagegen im Hauptproceß in die Koſten verurtheilt, ſo muß ſich dieſer Ausſpruch auch auf die Provocationskoſten mit ſtillſchweigend beziehen. Daſſelbe Reſultat wird beiläufig eintreten müſſen, wenn der Provocat im Provocationsproceſſe ſich zwar vertheidigt, aber dennoch

kann deshalb nicht Bayer zu den Anhängern jener Anſicht zählen, wie Muther a. a. O. S. 171 thut.

*) So Muther a. a. O., S. 170.

*) S. Bayer a. a. O., § 18.

**) Eine purgatio contumaciae iſt daher (eben wegen der peremtoriſchen Auflage) nicht zuläſſig. Anz. 1863, S. 80, und folgt auch nicht aus der erforderlichen accusatio contumaciae, wie Muther a. a. O., S. 173, anzunehmen ſcheint.

***) So die Delictstheorie, Muther a. a. O., S. 168, weil in der Klaganſtellung das Bekenntniß der Verpflichtung liege. Siehe dagegen Martin, Lehrbuch, § 256 N. i, und Schmid, Handbuch, § 184 S. 57, welche übrigens gegen die damals noch nicht aufgetauchte Delictstheorie nicht polemiſiren konnten.

Digitized by Google

zur Klagerhebung verurtheilt wird, es wäre denn, daß seine Verantwortung eine frivole gewesen wäre. Bei der provocatio ex lege si contendat können in solchem Contumazfall dem Provocaten noch weniger sogleich die Kosten aufgebürdet werden, da hier nicht einmal der äußere Anstoß zur Klage von ihm gegeben ward. Ueber diese Kosten wird am Schlusse des Hauptprocesses daher um so mehr mitzuerkennen sein. Schmid (Handbuch, a. a. O, S. 57) meint, daß der Provocant regelmäßig die Kosten zu tragen habe, „weil der Provocat vor der Provocation nicht verpflichtet war, die Klage zu erheben." Allein daß dieser Grund nicht stichhaltig, ergiebt sich daraus, daß man dann consequent die Provocation selbst nicht rechtfertigen könnte.

§ 14.

Fortsetzung.

Die für den Fall unterlassener Klagerhebung angedrohte Contumazfolge tritt zwar mit Ablauf der gesetzten Frist ohne Weiteres ein, weshalb auch eine purgatio contumaciae als zulässig nicht anzunehmen ist. Ihre Wirksamkeit ist aber immer durch einen desfälligen Antrag des Provocanten bedingt. Diese auch im gemeinen Proceßrechte allgemein als nothwendig anerkannte accusatio contumaciae kann in einem Antrage auf Abgebung eines förmlichen Erkenntnisses geschehen; nothwendig erscheint dies mindestens nach unserm vaterländischen Proceßrechte nicht. Das Kanzleipatent vom 4. April 1797 bestimmt: Jede von der Obrigkeit oder dem Richter ausdrücklich angedrohte Präclusion soll mit dem Ablauf der zugleich vorgeschriebenen Frist von selbst eintreten und keines weiteren Erkenntnisses bedürfen, es wäre denn, daß die von der Präclusion abhängige Hauptsache ihrer Natur nach einen näheren Spruch erforderte.*) Der letztere Satz wird hier nicht anwendbar sein, obwohl es sich grade um eine von der Präclusion abhängige Hauptsache handelt. Allein „ihrer Natur nach" erfordert hier die Hauptsache keinen besondern Spruch, da Alles, was erkannt werden könnte, schon ausdrücklich in der Androhung enthalten ist; wenn daher der Provocat nach abgelaufener Frist noch das ihm Auferlegte nachholen wollte, so könnte der Provocant die bereits eingetretene Contumacialfolge excipiendo zur Wirksamkeit bringen, Anz. 1863, S. 80, H.; Schmid, Handbuch III S. 58 N. 26.

Die Contumacialfolge ist bei den beiden Provocationen eine nur theilweise verschiedene; ihrem innern Wesen nach muß sie immer dieselbe sein, der dem Provocanten nothwendige Rechtsschutz soll ihm gewährt werden, wenn nicht durch die Klagerhebung des Provocaten, so doch durch dessen Schweigen. Wir werden sogleich sehen, wie diese innere Uebereinstimmung der resp. Contumazfolge schon bei den Italienern anerkannt worden zu sein scheint. Jede Provocation will aber doch wieder einen Rechtsschutz besonderer Art, die eine will nur, daß geklagt werde, um in der Lage zu sein, den damit verfolgten Anspruch selbst als unbegründet darlegen zu können; die andere will die Klagerhebung nur als ein Mittel benutzen, um ihr zur Seite stehende, aber in ihrer Wirksamkeit bedrohte Gerechtsame noch zur Geltung zu bringen, so weit es augenblicklich noch möglich ist. Hiernach wird die für den Provocaten eintretende Contumacialfolge auch eine verschiedene sein müssen. Bei der einen Provocation besteht die Folge darin, daß die Klagerhebung selbst in Zukunft unmöglich wird; bei der andern wird das Klagerecht selbst nicht alterirt, aber das, was die ihr entgegenstehende Einrede in ihrer Wirksamkeit zu hemmen droht, soll, wenn es wirklich eintritt, dem Provocaten nicht mehr das Material zu einer elidirenden Replik geben dürfen; in Wirklichkeit ist das auch ein auferlegtes Stillschweigen.*) Der Ausdruck würde aber hier wegen seiner Allgemeinheit entweder unpassend sein oder er mußte in verwirrender Weise verclausulirt werden, so daß es herkömmlich geworden ist, mit directer Hinweisung auf die Contumacialfolge anzudrohen, daß die aus einer späteren Veränderung der Umstände sich gegen die bedrohte Einrede ergebenden Einwendungen nicht mehr sollen berücksichtigt oder als für den Provocaten verloren gegangen sollen erachtet

*) Vgl. auch § 90 der Oberappellationsgerichtsordnung in Francke, Proceß. I § 115. Die in den Anz. 1843, S. 137 ff., mitgetheilte Abhandlung, welche einer abweichenden Ansicht des Obergerichts erwähnt, scheint an Provocationsfälle nicht gedacht zu haben.

*) Bei Fuchs, III, 8, 9, lautet auch das Citationsformular u. A.: „— daß du sub poena perpetui silentii — erscheinest" u. s. w.

Digitized by Google

werden.*) In dieſer Beſchränkung iſt dadurch „die Einrede perpetuirt", ein Ausdruck, der in der älteren Praxis in dem Erkenntniß ſelbſt vorkam,**) aber in ſeiner Allgemeinheit durchaus unrichtig iſt, da über das ſonſtige Begründetſein und Wirkſamſein der Einrede gar nichts in der angedrohten Contumacialfolge reſp. dem Erkenntniſſe geſagt werden kann und darf.

Dagegen iſt bei der provocatio ex lege diffamari die Auferlegung des „ewigen Stillſchweigens" als Contumacialfolge nicht allein heut zu Tage noch üblich, ſondern auch geſetzlich ſanctionirt durch die Kammergerichtsordnung von 1555, II, 25. Gleichwohl iſt der Ausdruck auch hier nicht genau für das, was er bezeichnen ſoll, und auch nicht der urſprüngliche. Bei Azo***) und Accurſius heißt es, der Richter denegabit jurisdictionem. Freilich iſt damals noch nicht an ein eigentliches Provocationsverfahren mit Schlußſententz zu denken; auf die imploratio läßt der Richter die causae cognitio folgen und ſetzt ſodann dem zukünftigen Kläger eine Friſt, binnen welcher er klagen kann oder gehört werden ſoll; darnach ſoll er nicht mehr gehört werden. Es iſt das ein offenbares Anlehnen an den ſchon vom corpus juris her†) bekannten Ausdruck. Ebenſo iſt noch die Aeußerung bei Innocenz IV. „alioquin ulterius non audietur." Bei demſelben kommt aber auch vor: „judex dabit episcopo tempus intra quod doceat de jure suo, alias jubebit eum cassare a diffamatione." Alſo es kann auch ein Verbot poſitiven Inhalts erlaſſen werden, nämlich das diffamare zu unterlaſſen. Dafür paßt der Ausdruck silentium imponere. Eben dieſen Ausdruck finden wir beim Bartolus, aber als Contumacialfolge der provocatio ex lege si contendat. Freilich muß man ſich erinnern, daß grade Bartolus lehrt, bei dieſer Provocation könne die Hauptſache ſofort mit hereingezogen werden. Der Implorant geht das officium judicis an, ut pronuncietur, eum non audiri, vel quod imponatur silentium actori. Hier, wo keine diffamatio vorangegangen, kann das imponere silentium, zumal wir hier eben ſchon eine unzuläſſige Ausdehnung dieſer Provocation vor uns haben, nur vom Verluſt des Klagerechts verſtanden werden, während derſelbe Bartolus eben denſelben Verluſt bei der provocatio ex lege diffamari in der früheren Form ausdrückt, „alias non audieris." Es möchte darin ein Beweis liegen, daß zu jener Zeit das Weſen beider Provocationen als übereinſtimmend angeſehen ward und man nur die beiden Arten nach den verſchiedenen in den beiden bekannten leges als vorhanden angenommenen Anläſſen mehr äußerlich bloß unterſchied, wie wir denn ja ſchon früher hervorgehoben haben, daß die Abart der provocatio ex lege diffamari, die provocatio ad probandum, grade von der Auffaſſung des Bartolus vom remedium ex lege si contendat ihren Anſtoß genommen haben wird.

Daß der Ausdruck imponere silentium den Verluſt des Klagerechts andeuten ſollte, iſt nicht zweifelhaft, wenn man erwägt, daß die Worte der L. 5 C., „ne de cetero inquietudinem sustineres", dabei bald ausdrücklich, bald anſpielend berührt werden. Durantis ſagt gradezu: quod si non fecerit privatur jure suo agendi. Das imponere silentium ſoll den Verluſt des Klagerechts andeuten; ſo iſt es auch von den Deutſchen Juriſten aufgefaßt und der Ausdruck bis auf den heutigen Tag beibehalten worden. Wann man zuerſt es für nothwendig erachtet, daß der Provocant ein ſpecielles Erkenntniß um Auferlegung des silentii impetrire, möchte ſchwer zu ermitteln ſein. Die erſte, wie es ſcheint, und dazu noch ſchwankende Andeutung giebt Johannes Faber. Er ſagt, nach verſtrichener Friſt könnte am Ende doch noch Klage erhoben werden, nisi esset per sententiam silentium impositum; dieſem Einwande begegnet er: Et forte debent dari duo libelli: unus ut tempus praefigatur, alius elapso termino, ut silentium imponatur. Andere ſeien jedoch der Meinung, sufficere unum, in quo concludatur, quod cessetur, alſo der zweite Libell werde ſchon im erſten mitbefaßt ſein können.

*) Martin, a. a. O. S. 345; Bayer, a. a. O. § 61; Francke, Proceß. II S. 170.

**) So lehrt z. B. Claproth, ſummariſche Proceſſe. § 292, zu erkennen, „daß die wider die anmaaßliche Klage zuſtehende Einrede vor gerettet zu halten." Die Praxis ſeiner Zeit wird entſprechend erkannt haben.

***) Die citirten und andere Stellen finden ſich bei Muther a. a. O. § 36. Zu ganz ſicheren Reſultaten ſcheint derſelbe nicht gelangt zu ſein. Es iſt hier wieder zu bedauern, daß Muther zu ausſchließlich und daher einſeitig der provocatio ex lege diffamari ſeine Aufmerkſamkeit ſchenkte.

†) cf. L. 26, 6 D. 4, 6 und L. 6 D, 33, 5, in denen von jurisdictio, actio denegari die Rede iſt.

Digitized by Google

Daß durch die eingetretene Contumacialfolge das Klagerecht in seinem ganzen Umfange untergehe, ist allgemein anerkannt, mithin erlöschen jedenfalls die accessorischen Rechte. Nach dem Zwecke der Provocation, die am Ende doch auf eine gänzliche Befreiung von den berühmten Ansprüchen hinausgeht, möchte man aber geneigt sein, auch das Nachbleiben einer naturalis obligatio zu leugnen, so daß also z. B. das solutum repetere zuständе auf der einen Seite und auf der andern Seite eine Compensation nicht zustände. *)

Gegen das lediglich den Eintritt der Contumacialfolge nach abgelaufener Frist aussprechende Erkenntniß können ordentliche Rechtsmittel nicht eingewandt werden, da es nur die Verwirklichung eines schon rechtskräftig gewordenen Urtels ausspricht.**) Ebenso können gegen das auf einseitiges Anhalten des Provocanten abgegebene Provocationsmandat dieselben nicht benutzt werden, da hiergegen noch immer bei dem Richter, der es abgab, remonstrirt und Abhülfe erlangt werden kann, Anz. 1840, S. 158, Schl. Nur gegen das das Provocationsmandat bestätigende resp. aufhebende Erkenntniß, welches der erkennende Richter selbst nicht mehr abändern kann, stehen die ordentlichen Rechtsmittel***) zu. Gegen dieses wie gegen das Contumacialerkenntniß können auch die außerordentlichen Rechtsmittel zur Hand genommen werden.

*) A. M. Muther a. a. O., S. 187.

**) Darauf möchte sich die Parömie contumax non appellat zurückführen lassen müssen. Natürlich geht der Contumacialsentenz nicht immer eine förmliche Sentenz voran, aber doch etwas dem Analoges. Die Contumacialsentenz ist nichts weiter als executive Ausführung des bereits richterlich Angeordneten. Umgekehrt sagt Linde, Lehrbuch, § 365 N. 4, ebenso richtig: Das Executionsverfahren erscheine als ein Contumacialverfahren gegen den Verurtheilten.

***) Bei uns die im summarischen Processe allein zulässige Supplication.

Entscheidungen.

Wie einander widersprechende Gutachten eines und desselben Sachverständigen zu beurtheilen sind. — Geständnisse, welche keinen Dispositivact enthalten, werden von einem Curanden ohne Mitwirkung seines Curators gültig abgelegt. — Unstatthaftigkeit der Eidesleistung über die Existenz der geistigen Freiheit einer Person.

In Sachen des Eingesessenen Johann Diedrich Groth in Wedel, Beklagten und Deducenten, hierauf Contradeducten, jetzt Appellanten,

wider

den Zubauer Jürgen Casper Röttger daselbst, Kläger und Deducten, hierauf Contradeducenten, jetzt Appellaten,

wegen Solemnisation eines Kaufcontracts, dann Restitution gegen das Erkenntniß der Pinneberger Landdrostei vom 23. April 1851, hierauf Contradeduction, jetzt Appellation wider das Erkenntniß des Königl. Pinneberger Landgerichts vom 8. Januar v. J.,

ergeben die Acten:

Der Beklagte errichtete am 26. Juni 1849 eine Appunctuation mit dem Kläger, in welcher er diesem seine in Wedel belegene Besitzung verkaufte, weigerte sich aber demnächst der Vollziehung des Kaufcontracts und es ward der Kläger deshalb bei der Pinneberger Landdrostei gegen ihn klagbar. In diesem Processe schützte, nachdem inzwischen der Beklagte auf Antrag seines Schwagers Breckwoldt in Wedel nach stattgehabter Untersuchung seines Geisteszustandes, insbesondere nach Einziehung eines Gutachtens des Pinneberger Physicats, durch Decret der Landdrostei vom 29. November 1849 für imbecill erklärt und ihm ein Curator bestellt worden war, dieser Curator die Einrede vor, daß sein Curande zur Zeit der Errichtung der Appunctuation nicht dispositionsfähig gewesen sei, ihm ward in Folge dessen unterm 24. April 1850 der Beweis zuerkannt:

daß sein Curande Johann Diedrich Groth schon am 26. Juni 1849 nicht mehr geistig frei gewesen sei,

Digitized by Google

und, nachdem er diesen Beweis durch verschiedene Zeugen und durch das gedachte Physicatsgutachten zu führen gesucht hatte, selbiger durch Erkenntniß vom 23. April 1851 für vollständig gelungen erklärt und in Folge dessen der Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Dies Erkenntniß beschritt die Rechtskraft. Am 15. Juni 1857 aber reichte der Beklagte bei dem Pinneberger Landgericht ein Gesuch um Aufhebung seiner Curatel ein und erklärte dem Gericht bei einer in dieser Veranlassung stattgehabten Vernehmung, daß er bei der im Jahre 1849 von dem Pinneberger Physicat angestellten Untersuchung seines Geisteszustandes eine Verrücktheit simulirt habe, um den Hofhandel mit dem Kläger rückgängig zu machen. Auf Grund dieser Selbstanklage wurde von dem Landgericht eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet, welche, nachdem das Physicat in einem neuen Gutachten vom 23. September 1859 sich dahin ausgesprochen hatte, daß es bei seiner im Jahre 1849 vorgenommenen Untersuchung des Geisteszustandes des Beklagten von diesem getäuscht worden und daß derselbe bei der Unterschrift der fraglichen Appunctuation eben sowohl wie zur Zeit vollkommen zurechnungsfähig gewesen sei, dahin führte, daß der Beklagte von dem Landgericht am 2. August 1860 wegen eines ihm zur Last fallenden mit Täuschung der Behörden verbundenen Betruges zu einer sechsmal fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod verurtheilt wurde, welches Erkenntniß von dem Holsteinischen Obercriminalgericht auf dagegen ergriffenen Recurs des Beklagten unterm 14. Mai 1861 dahin abgeändert ward, daß eine absolutio ab instantia desselben erfolgte. Die Aufhebung der über den Beklagten verhängt gewesenen Curatel ward von dem Pinneberger Landgericht gleichzeitig mit jenem Straferkenntniß ausgesprochen.

Nach diesen Vorgängen sah der Kläger sich veranlaßt, bei dem Holsteinischen Obergericht um Restitution gegen das Erkenntniß der Pinneberger Landdrostei vom 23. April 1851 nachzusuchen, welche ihm durch Decret vom 18. Mai 1861 dahin bewilligt wurde, daß ihm unter Aufhebung des eben erwähnten Erkenntnisses annoch der Gegenbeweis gegen den dem Beklagten durch Interlocut der Pinneberger Landdrostei vom 24. April 1830 auferlegten Exceptionalbeweis: „daß der Beklagte Johann Diedrich Groth am 26. Juni 1849 nicht mehr geistig frei gewesen", innerhalb vier Wochen ab insin., jedoch unter Ausschließung des Beweismittels neuer Zeugen, freigelassen ward.

Diesen Gegenbeweis trat der Kläger bei dem Pinneberger Landgericht durch Documente, nämlich:

1) das Gutachten des Pinneberger Physicats vom 23. September 1859,
2) das Erkenntniß des Pinneberger Landgerichts vom 2. August 1860, hinsichtlich der Wiederaufhebung der über den Beklagten verhängt gewesenen Curatel,
3) das Erkenntniß des Pinneberger Landgerichts in der wider den Beklagten geführten Untersuchung wegen Betruges, so wie das in dieser Untersuchung erwachsene Protocoll,
4) das Erkenntniß des Obercriminalgerichts vom 14. Mai 1861,
5) das Erkenntniß der Pinneberger Landdrostei vom 23. April 1851,

eventuell durch Delation des Schiedseides an und ward darauf von dem Pinneberger Landgericht nach stattgehabter Deductionsverhandlung vom 8. Januar v. J. erkannt: *)

*) Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses:

In Erwägung, daß der frühere Procesvertreter des Beklagten den durch Interlocut der Landdrostei vom 24. April 1850 ihm auferlegten Beweis:

daß sein Curande, der jetzige Beklagte, schon am 26. Juni 1849 nicht mehr geistig frei gewesen sei,

durch das Gutachten des Physicus Dr. Jessen vom 29. Novbr. 1849 und die beeidigten Aussagen zweier Zeugen, des Abschieders Brüggmann und der Wittwe Wencke in Wedel, angetreten, der Kläger zur Führung des ihm durch Restitutionsbewilligung des Königl. Obergerichts vom 18. Mai 1861 freigelassenen directen Gegenbeweises sich auf die in Betreff des Beklagten seit 1857 erwachsenen Curatel- und Criminalacten berufen hat und daß daher das beiderseitige Beweismaterial nach seinem Gesammtergebnisse nunmehr zu beurtheilen ist;

in Erwägung, daß die Aussagen der beiden vom Curator des Beklagten denominirten Zeugen zwar eine im Wesentlichen unveränderte Verstandes- und Characterbeschaffenheit des Beklagten vor und nach dem 26. Juni 1849 ergeben, indeß für die Frage, ob es dem Beklagten bei Unterzeichnung der Appunctuation vom 26. Juni 1849 an der zur Eingehung von Rechtsgeschäften erforderlichen Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit gefehlt habe, ohne

Digitized by Google

daß Beklagter schuldig sei, einen nach Maaßgabe der unterm 26. Juni 1849 zwischen dem Kläger und ihm über seine in Wedel belegene Besitzung c. p. abgeschlossenen Appunctuation vorschriftsmäßig ausgefertigten Contract innerhalb 4 Wochen a publ. durch seine Unterschrift zu vollziehen, so wie binnen gleicher Frist die dem Kläger in diesem Proceß angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten. (Der Beschluß folgt.)

---

alle Relevanz sind, wie denn auch das durch die Restitutionsertheilung beseitigte Definitiverkenntniß der Landdrostei vom 23. April 1851 den Beweis der Willensunfreiheit als lediglich durch das Physicatsgutachten vom 29. Nov. 1849 erbracht angesehen hat;

in Erwägung, daß es demnach nur darauf ankommt, ob das Resultat des gedachten Physicatsgutachtens durch die vom Kläger als Beweismittel benutzten späteren Acten widerlegt wird;

in Erwägung, daß in Folge eines im Jahre 1857 eingereichten Antrags des Beklagten um Wiederaufhebung der unterm 7. December 1849 über ihn wegen Geistesschwäche verhängten Curatel der Physicus Dr. Jessen zu einer nochmaligen ärztlichen Untersuchung des Beklagten committirt wurde und darauf in seinem unterm 23. September 1859 erstattetem Berichte sein früheres Gutachten als irrig und den angeblichen periodischen Wahnsinn des Beklagten als simulirt, so wie alle in dem früheren Gutachten aus den simulirten Wahnsinnsparoxismen gezogenen Schlußfolgerungen als völlig hinfällig bezeichnet hat;

in Erwägung, daß dieser Bericht durch das öfters wiederholte Geständniß des Beklagten in der später wegen Betrugs wider ihn eingeleiteten Criminaluntersuchung bestätigt wird, wornach er in glaubhafter Weise angiebt, für seine Verstellung eine bestimmte Veranlassung, nämlich die Vorwürfe seiner Verwandten über den mit dem Kläger eingegangenen Kaufhandel, und einen bewußten Zweck, nämlich die Verhinderung der Vollziehung dieses Kaufhandels, gehabt zu haben, auch aus seiner Erinnerung die Einzelheiten seines Benehmens, wie er im Jahre 1849 sich verstellt und das Physicat getäuscht habe, in Uebereinstimmung mit demjenigen, was im Physicatsgutachten vom 29. November 1849 als Kennzeichen seiner Unzurechnungsfähigkeit bezeichnet war, wiedererzählt;

in Erwägung, daß der Werth dieses Geständnisses dadurch nicht vermindert wird, daß es vor der am 2. August 1860 erfolgten Wiederaufhebung der Curatel abgelegt wurde, da, abgesehen davon, daß der Beklagte auch später in seiner Vernehmung vom 12. Februar 1861 den mittlerweile vorgebrachten Widerruf des Geständnisses und seine Behauptung, daß er im Jahre 1849 verrückt gewesen sei und nicht sich verstellt habe, im Wesentlichen wieder fallen gelassen hat, eine Curatelbestellung nur für die civilrechtliche Handlungsfähigkeit formelle Wirkungen äußert, und für die Frage nach der Glaubwürdigkeit der Angaben des pro imbecillo erklärten Curanden oder seiner Zurechnungsfähigkeit nur insofern von Bedeutung ist, als das Urtheil über die Geistesschwäche des Curanden auf materieller Wahrheit beruht, im vorliegenden Falle aber die Richtigkeit des Physicatsgutachtens vom 29. November 1849 von seinem Verfasser bei einer späteren nochmaligen ärztlichen Untersuchung in Abrede gezogen worden ist;

in Erwägung, daß der Beklagte zwar in der gegen ihn geführten Criminaluntersuchung durch Erkenntniß des Obercriminalgerichts vom 14. Mai 1861 nicht verurtheilt, sondern nur wegen Verdacht des Betruges von der Instanz absolvirt worden ist, daß indeß das Ergebniß des Criminalverfahrens für den jetzigen Civilstreit nicht ohne Weiteres maaßgebend ist, weil es in der Criminaluntersuchung um den positiven Beweis, daß der Beklagte im Jahre 1849 geistig gesund war und in betrügerischer Absicht sich verrückt stellte, sich handelte, in dem jetzigen Processe aber lediglich zur Frage steht, ob und in wie weit das von dem früheren Procesvertreter des Beklagten beigebrachte Beweismaterial durch die vom Kläger als Gegenbeweismittel benutzten spätern Curatel- und Criminalacten in seinem Werthe wieder aufgehoben wird und weil es ein Unterschied ist, ob gegen den Beklagten der volle Beweis seiner Simulation und seiner Zurechnungsfähigkeit geführt oder ob der von ihm zu liefernde Beweis seiner Unzurechnungsfähigkeit entkräftet werden soll;

in Erwägung, daß das Physicatsgutachten vom 29. November 1849 durch das von demselben Sachverständigen erstattete entgegengesetzte Gutachten vom 23. September 1859 und durch das vom Beklagten in der Criminaluntersuchung abgelegte wiederholte Geständniß vollkommen widerlegt wird, daher der durch Interlocut vom 24. April 1850 dem damaligen Curator des Beklagten auferlegte Beweis als mißlungen anzusehen ist.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

10. Stück. — Den 7. März 1864.

Entscheidungen.

Wie einander widersprechende Gutachten eines und desselben Sachverständigen zu beurtheilen sind. — Geständnisse, welche keinen Dispositivact enthalten, werden von einem Curanden ohne Mitwirkung seines Curators gültig abgelegt. — Unstatthaftigkeit der Eidesleistung über die Existenz der geistigen Freiheit einer Person.

(Beschluß.)

Gegen dies Erkenntniß hat der Beklagte hieher appellirt und sich darüber beschwert:

1) daß, wie geschehen, und nicht vielmehr dem Petitum seines Contradeductionslibells conform dahin erkannt worden, daß der dem Kläger freigelassene Gegenbeweis für nicht geführt zu erachten, das Erkenntniß der Pinneberger Landdrosttei vom 23. April 1851 daher wiederherzustellen und Kläger mit seiner Klage, wie mit allen in seinem Contradeductionslibell gestellten Anträgen, ab- und zur Ruhe zu verweisen, auch schuldig sei, die Kosten des Beweisverfahrens, d. et m. s., sowie die Kosten der auf das Restitutionsgesuch abgegebenen Erklärung dem Beklagten binnen 4 Wochen zu erstatten; event.
2) daß nicht anderweitig den Acten und der Sachlage gemäß; in omnem eventum
3) daß nicht auf Compensation der Proceßkosten erkannt worden sei.

Nach stattgehabter Appellationsverhandlung steht zur Frage, ob diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß der Rechtsstreit unter den Parteien über die Vollziehung des ofterwähnten Kaufcontractes durch die dem Kläger bewilligte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in die Lage zurückgeführt worden ist, daß es zur Frage steht, welches Resultat in Betreff des dem Beklagten nach dem Erkenntniß der Landdrosttei vom 24. April 1850 über die Thatsache, daß er zur Zeit der Errichtung der Appunctuation nicht mehr geistig frei gewesen sei, obliegenden Exceptionalbeweises aus der Berücksichtigung der von dessen Proceßvertreter s. Z. beigebrachten Beweismittel einerseits und des vom Beklagten nachträglich beigebrachten Materials für den Gegenbeweis andererseits hervorgeht;

in Erwägung sodann, daß, wenn auch der fragliche Exceptionalbeweis durch das frühere Gutachten des Physicats und die adminiculirende Aussage der vernommenen Zeugen für vollständig geführt zu erachten war, so lange keine Bedenken gegen die Richtigkeit jenes sachverständigen Gutachtens vorlagen, dies doch zur Zeit nicht mehr behauptet werden kann, da die bewei-

Digitized by Google

sende Kraft jenes Gutachtens durch die von dem Verfasser desselben in seinem späteren Gutachten gegebene Erklärung, daß er bei Ausstellung des erstern durch eine Simulation des Beklagten getäuscht worden sei, jedenfalls in sehr erheblichem Grade geschwächt werden muß;

in Erwägung, daß daher nach diesem Ergebniß des auf die Anfechtung der Beweiskraft einer früheren Beweisurkunde gerichteten Gegenbeweises etwa nur von einem durch einen richterlichen Eid zu ergänzenden oder hinwegzuräumenden Beweise die Rede sein könnte, daß aber die Erkennung eines solchen über eine Frage, wie hier vorliegt, als unzulässig erscheint und daher von dem jud. a quo mit Recht eine definitive Verurtheilung des Beklagten nach Maaßgabe des Klagantrages ausgesprochen worden ist; und

in schließlicher Erwägung, daß zu einer Vergleichung der Proceßkosten keine Veranlassung vorgelegen hat;

wird auf eingelegte Receisse und eingereichte Unterinstanzacten, so wie stattgehabte mündliche Verhandlung, hiemittelst von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Pinneberger Landgerichts 8. Januar v. J. zu bestätigen und die Sache zur Vollstreckung desselben an die Unterinstanz zurückzuverweisen, Appellant auch schuldig ist, dem Appellaten die durch die Appellation ihm angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 31. August 1863.

Der Beklagte wandte sich gegen dies Erkenntniß an das Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht, erhielt aber den nachstehenden abschlägigen Bescheid.

Auf die am 2. November v. J. hier eingereichte Appellationsschrift des Eingesessenen Johann Diedrich Groth in Wedel, Beklagten und Deducenten, hierauf Contradeducten, jetzt Appellanten,

wider

den Zubauer Jürgen Casper Röttger daselbst, Kläger und Deducten, hierauf Contradeducenten, jetzt Appellaten,

wegen Vollziehung eines Kaufcontracts jetzt gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 31. August v. J.

wird,

in Erwägung,

zur ersten Beschwerde:

daß die gegenwärtige richterliche Aufgabe in dieser Sache, wie auch in beiden vorigen Instanzen angenommen worden, keineswegs auf die Prüfung des durch das Restitutionsdecret vom 18. Mai 1861 freigelassenen Gegenbeweises sich beschränkt, sondern ebenfalls über den vom Beklagten früher zu führen unternommenen Hauptbeweis unabhängig von dem in dieser Hinsicht durch das erwähnte Restitutionsdecret suspendirten Erkenntnisse der Landdrostei vom 23. April 1850 geurtheilt werden soll, dergestalt, daß die von beiderseits Parteien für das Wahrsein resp. Nichtwahrsein der zum Beweise verstellten Thatsache beigebrachten Beweisgründe gegen einander abzuwägen sind, um zu ermessen, ob der Hauptbeweis ganz oder theilweise hergestellt sei;

in Erwägung nun, daß das erste Gutachten des Physicus vom 29. November 1849 noch nicht aus dem Grunde entwerthet ist, weil der Verfasser in seinem zweiten Gutachten vom 23. September 1859 die in dem ersten Gutachten ausgesprochene Ueberzeugung, daß Groth nicht bloß an natürlicher Schwäche der geistigen Anlagen leide, sondern auch mit Geisteskrankheit behaftet sei, für irrthümlich erklärt und dagegen seine nunmehr gewonnene, berichtigte Ueberzeugung dahin ausgesprochen hat, daß Groth ganz gewiß nicht blödsinnig und eben so wenig wahnsinnig sei, daß alle Folgerungen, die er früher aus den simulirten Wahnsinnsparoxysmen des Groth ziehen zu müssen geglaubt habe, in sich zerfallen und nichtig seien und daß eine solche Ausartung der natürlichen Geistesfähigkeit in Zweifel gezogen werden dürfte, sich nicht nachweisen lasse;

indem nach Maaßgabe der Bestimmung eines Beweises durch Kunstverständige, nämlich dem Richter als Hülfsmittel zur Erkenntniß der Wahrheit zu dienen,

Digitized by Google

vor allen Dingen die Kraft der beſſeren Gründe für die Berückſichtigung des einen oder des andern Gutachtens den Ausſchlag geben muß;

in Erwägung ſodann, daß der Phyſicus vor Erſtattung ſeines erſten Gutachtens den Groth nur viermal, und zwar in dem kurzen Zeitraum vom 24. September bis zum 9. October 1849, beobachtet hatte, dagegen die Abgebung ſeines im Jahre 1857 erforderten zweiten Gutachtens bis zum 23. September 1859 hinausgeſchoben und während dieſer ganzen Zeit den Groth ſehr häufig geſehen und mit ihm ſich unterhalten hat, um in dieſer Sache, da es ihm ſchwer geworden ſei, von der Irrthümlichkeit ſeiner früheren Auffaſſung ſich zu überzeugen, möglichſt ſicher zu gehen, — daß daher für die Gründlichkeit der von dem Phyſicus vor dem zweiten Gutachten angeſtellten eigenen Beobachtungen mehr Gewähr gegeben iſt, als in Anſehung derjenigen Beobachtungen, welche derſelbe vor dem erſten Gutachten angeſtellt hatte;

daß in dem erſten Phyſicatsgutachten manches dem Verfaſſer an die Hand gegebene Material für wahr angenommen iſt, obwohl begründete Zweifel ſtattfinden, ſo namentlich die von Michael Breckwoldt und von Groths Schweſter hinterbrachte Nachricht, daß Groth von Freitag Abend den 5. October bis Montag Abend den 8. October 1849 während des damaligen angeblichen Paroxysmus weder Speiſe noch Trank genoſſen habe, da doch aus den Depoſitionen der beeidigten Zeugen Johann Hinrich Brügmann, cfr. ad art. 17, erſichtlich, daß Groth ſonſt, wenn er ſich auf den Boden verkrochen hatte, ſich Eſſen und Trinken heimlich nach ſeiner Lagerſtätte zu holen pflegte;

ſo ferner die von Groth am 7. October und 9. October 1849 in Gegenwart des Phyſicus angeblich gehabten Viſionen und Hallucinationen, da doch der beeidigte Zeuge Brügmann, cfr. ad art. 18, nie verwirrtes Zeug aus Groths Munde gehört hat und die beeidigte Zeugin Wittwe Wenck nur einmal eine verwirrte Rede Groths darin gefunden zu haben vermeint, daß derſelbe unwillig auf die Mädchen geweſen, weil ſie die Katzen nicht gefüttert hätten, ſo ferner die in ſich vollkommen unglaubwürdige Erwiderung Groths am 9. October 1849 in Pinneberg auf des Phyſicus Frage, ob er zu Fuß oder zu Wagen hergekommen ſei? welche Antwort wörtlich dahin lautete: „da weiß ich nichts ab, es iſt ſo und bleibt ſo, ich weiß gar nicht, wie ich her gekommen bin!“

in Erwägung dagegen, daß das dem zweiten Phyſicatsgutachten hauptſächlich mit zu Grunde liegende in der Unterſuchung wegen Betrugs wiederholt in übereinſtimmender Weiſe abgelegte Geſtändniß des Groth, daß er auf Anſtiften ſeines Schwagers Breckwoldt vor dem Phyſicus Verrücktheit ſimulirt habe, um den Verkauf der Stelle an Röttger zu vereiteln, durchaus glaubwürdig iſt, da die Thatſache der früheren Verſtellung ſchon dadurch außer Zweifel geſetzt wird, daß Groth in den Jahren 1857 bis 1859 dem Phyſicus alle Einzelnheiten derjenigen Vorgänge, die im Jahre 1849 bei und nach dem damals vom Phyſicus beobachteten angeblichen Paroxysmus des Groth zwiſchen beiden ſtattgefunden haben, genau wieder anzuführen im Stande geweſen iſt, während derſelbe doch am 24. September 1849 dem Phyſicus ſeine Krankheitsparoxysmen dahin beſtimmt beſchrieben hatte, daß er ſich beim Herannahen des Anfalles auf dem Boden zu verkriechen pflege, nachher aber, wenn er wieder zu ſich gekommen ſei, von demjenigen, was inzwiſchen mit ihm geſchehen ſei, gar keine Erinnerung habe;

daß der angegebene Zweck der damaligen Simulation auf einem wohlberechneten angeblich von dem Schwager Breckwoldt ausgedachten Plane beruhte und des Breckwoldt vermittelnde Geſchäftigkeit zwiſchen Groth und dem Phyſicus bei Gelegenheit der gerichtsärztlichen Unterſuchung vom Jahre 1849 die ſpäteren Angaben des Groth über Breckwoldt's erwähnte Betheiligung allerdings zu unterſtützen geeignet erſcheint;

daß der von Groth im Verhöre vom 12. Februar 1861 verſuchte, indeß gleich wieder fallen gelaſſene Widerruf ſeines Geſtändniſſes keine Beachtung verdient, da Groth ſelbſt als das Motiv zu ſolchem Widerrufe die Furcht vor der ihm angekündigten Strafe des Betrugs bezeichnet hat;

daß der Einwand, als ob den von Groth in der Unterſuchung wegen Betruges abgelegten Geſtändniſſen deshalb für den nachfolgenden Civilproceß keine Beweiskraft beigemeſſen werden könne, weil Groth ſich derzeit und bis zum 2. Auguſt 1860 noch unter Curatel befunden habe, der rechtlichen Begründung er-

Digitized by Google

mangelt, da hier lediglich Geständnisse in Frage stehen, welche keinen Dispositivact enthalten, die Wahrheit aber auch von einer unter cura stehenden Person ohne Curator gesagt werden kann,

daß der Einwand, als ob durch den Bescheid des Obercriminalgerichts vom 14. Mai 1861 bereits der Beurtheilung der Beweisfrage in bindender Weise präjudicirt sei, ungegründet ist, da in dem erwähnten Bescheide des Obercriminalgerichts blos der Ausspruch enthalten ist, daß Verrücktheit des Groth möglich sei, während nach dem Beweisinterlocute vom 24. April 1850 bewiesen werden soll, daß solche nicht blos möglich, sondern wirklich vorhanden gewesen sei,

daß nach allem Vorbemerkten die wesentlichsten Grundlagen des zweiten Physicatsgutachtens für völlig sicher gestellt und die daraus gezogenen schlüssigen Folgerungen, namentlich in Ansehung der Entwerthung des ersten Gutachtens, aus inneren Gründen als richtig anzuerkennen sind, und da auch die Aussagen der beiden eidlich vernommenen Zeugen diesem Resultate nicht entgegen stehen, die erste Beschwerde zu verwerfen ist;

in Erwägung,

zur zweiten Beschwerde,

daß diese weder in der Rechtfertigung noch in der Bitte näher determinirte Beschwerde schon aus formellem Grunde als zu allgemein gefaßt keine Berücksichtigung finden kann, übrigens, falls an einen zu erkennenden richterlichen Notheid gedacht sein sollte, für einen solchen hieselbst bei der ad 1 angenommenen gänzlichen Verfehlung des Exceptionalbeweises kein Raum zu finden sein würde, überdies, wenn für den Hauptbeweis Einiges erbracht wäre, eine Vervollständigung oder Widerlegung durch Notheid aus den vom Obergericht angeführten Gründen für unzulässig zu erachten wäre;

in Erwägung,

zur dritten Beschwerde,

daß der Appellant, wenn er in der viel besprochenen Weise früher simulirt hat, ganz entschieden zu den leichtsinnig litigirenden Personen gezählt werden muß und daher auch in die Proceßkosten zu verurtheilen ist;

hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kostenrechnung des Actenprocurators des Appellanten wird auf 3 ℛ 77 ß R.-M. bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgericht zu Kiel, den 10. Februar 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

11. Stück. — Den 14. März 1864.

Entscheidungen.

Die mit einer Bedienung verknüpften Emolumente unterliegen nicht der Abänderung durch Privatvereinbarung.

In Sachen der Hufner Marx Greve, Claus Reber, J. H. Möller, Chr. Schleetel, Carsten Schweim, Ehefrau Christine Dohse, geb. Ramm, c. cur. mar. in Högersdorf, Kläger und Appellanten,

wider

den Bauervogt Ramm daselbst, Beklagten und Appellaten,

wegen verweigerter Wegearbeit,

ergeben die Acten:

Nachdem im Februar 1862 sämmtliche Hufner der Dorfschaft Högersdorf die Verpflichtung des Bauervogts beansprucht hatten, die seiner Hufe zugefallenen Wege zu reficiren, weil vor ungefähr 10 Jahren in Högersdorf der Beschluß gefaßt worden, daß der Dorfsbauervogt in Zukunft immer die gleichen Wegelasten mit den übrigen Hufnern tragen solle. ward es durch Amthausbescheid den Hufnern vorbehalten, ihre Ansprüche auf dem Wege Rechtens geltend zu machen. Unterm 30. Juni selbigen Jahres brachten die jetzigen Kläger beim Amthause einen Audienztermin aus, in welchem sie bemerkten, im Herbste 1844 wären die vormaligen Besitzer sämmtlicher Högersdorfer Hufenstellen, darunter auch der Vorbesitzer des Beklagten, sein noch lebender Vater, mit Ausnahme des Besitzers der Gosch'schen Hufenstelle, zusammengetreten und hätten damals die Vereinbarung getroffen, es solle fortan immer so verhalten werden in Högersdorf, daß der Bauervogt gleich den übrigen Hufnern die auf dieser Commüne haftenden Wegelasten tragen solle, und müsse deshalb der Beklagte, wenn gleich er sonst als Bauervogt von den Wegelasten befreit sein werde, mit zu den Wegelasten concurriren, weil er jetzt seines Vaters Hufenstelle besitze. Vom Beklagten ward hiergegen geltend gemacht, daß offensichtlich aus einem Communebeschluß geklagt werde und die Kläger daher zur Sache nicht legitimirt wären, und vom Amthause ward demnächst erkannt, daß die Kläger mit ihrer Klage wegen mangelnder activen Legitimation zur Sache unter Verurtheilung in die Kosten ab- und zur Ruhe verwiesen werden.

Wider solches laudum provocirten Kläger ad ordinarium und brachten in ihrer beim Segeberger Amtsgericht erhobenen Klage vor:

Im Jahre 1844 kurz nach dem Ableben des Bauervogts Hufners Gosch wären die Hufner der Dorfschaft mit dem Sohne dieses Gosch als vorläufigem Vertreter in der Bauervogtschaft in eine Differenz darüber gerathen, ob der Bauervogt gleich den andern Hufnern Wege mit bessern solle. In Veranlassung dieser Differenz wären 6 damalige Hufenbesitzer mit dem Besitzvorweser und Vater des Beklagten zusammengetreten

Digitized by Google

und hätten die Vereinbarung mit einander getroffen, daß in Zukunft der Bauervogt in Högersdorf gleich den übrigen Hufnern die auf diese Commüne fallenden Wegelasten mit tragen solle. Der im spätern Verlaufe selbigen Jahres Bauervogt gewordene Vater des Beklagten habe nicht minder wie Letzterer bis zum Anfange dieses Rechtsstreits demgemäß an den Wegelasten Theil genommen. Seit Kurzem weigere sich indessen der Beklagte unter Berufung auf seine ihm als Bauervogt zustehende Freiheit von Wegelasten, die seiner Stelle zugetheilte Wegeslage zu unterhalten, die deshalb von Amtswegen öffentlich verlicitirt werden wäre. Ihren Klagantrag richteten Kläger auf das Erkenntniß:

> daß der Beklagte schuldig, als Hufner in Högersdorf gleich den andern dortigen Hufnern an den vorkommenden Wegearbeiten sich zu betheiligen, insonderheit die rücksichtlich seiner in Högersdorf belegenen Hufenstelle seinem Vater und Besitzvorweser in der Segeberg-Bramstedter Nebenlandstraße durchs Loos zugefallenen Wegestrecke auf sich zu nehmen, auch die durch die obrigkeitlich angeordnete Bearbeitung dieser Wegestrecke den Klägern erwachsenen Kosten, s. d. et m., zu vergüten und die Proceßkosten zu erstatten.

Der Beklagte opponirte hiergegen:

1) die Einrede der an das Gericht nicht erwachsenen Streitsache mit dem Bemerken, die Vorschrift des § 60 der Wegeverordnung vom 1. März 1842, wornach Wegestreitigkeiten zwischen Privatpersonen nur dann auf den Weg Rechtens gelangen könnten, wenn sie nach vergeblich gemachtem Versuche zur gütlichen Erledigung von der betreffenden Districtsobrigkeit auf den Weg Rechtens verwiesen worden wäre, sei im vorliegenden Falle nicht erfüllt worden. Wenn gleich dieselbe Frage, ob nämlich der Bauervogt wegepflichtig sei, am 6. Februar 1862 von dem Segeberger Amthause erörtert worden, so hätten sich doch damals ganz andere Parteien, als die jetzigen, einander gegenüber gestanden. Damals nämlich wären die sämmtlichen Hufner der Dorfschaft Högersdorf dem Beklagten gegenüber getreten und hätten sich dabei auf einen Communebeschluß berufen, wogegen jetzt dem Beklagten einzelne Hufenbesitzer gegenüber ständen, die sich nicht auf einen Communebeschluß, sondern auf eine Privatvereinbarung beriefen. Es wären demnach auch nicht die jetzigen Kläger, sondern die Dorfscommüne Högersdorf, die derzeit durch die sämmtlichen Hufner vertreten worden, von dem Amthause mit ihrem wider den Beklagten erhobenen Anspruch auf den Weg Rechtens verwiesen;

2) die Einrede der fehlenden Activlegitimation, weil das, was die Kläger als Privatvereinbarung darzustellen suchten, angesichts des Gegenstandes, um den es sich handle, offensichtlich nur als Communebeschluß aufgefaßt werden dürfte, der nicht die jetzigen Kläger, sondern nur die Commüne zur Klage berechtigen könne.

Auf Grund dieser Einrede beantragte Beklagter die Abweisung der Klage ref. exp.

Event. ward die von Klägern behauptete Vereinbarung mit dem Hinzufügen in Abrede gestellt, daß, wenn auch Beklagter bis zum Beginn dieses Rechtsstreits an den Wegearbeiten Theil genommen, solches keineswegs deshalb geschehen sei, weil er sich dazu verpflichtet erachtet, sondern weil er eben nicht weiter darüber nachgedacht habe. Sodann suchte der Beklagte auszuführen, daß, selbst wenn die von Klägern behauptete Vereinbarung zu Stande gekommen wäre, die Klage dennoch nicht begründet sei. Denn nach Inhalt der dem Beklagten ertheilten Bestallung sei er von der Concurrenz zu den Wegelasten befreit. Weil diese Befreiung ein dem Amte und nicht der Person anhaftendes Recht sei, so wären die Kläger oder deren Besitzvorweser zur Disposition über dieses Recht nicht berechtigt. Eine hierüber getroffene Vereinbarung könne jedenfalls nur dann verbindliche Kraft haben, wenn sie unter Vertretung und mit Genehmigung des Amthauses zu Stande gekommen sei. Ueberdies sei die in Rede stehende Vereinbarung kein pactum reale, sondern entweder ein Communebeschluß oder eine persönliche Vereinbarung, die den Beklagten, da er daran nicht Theil genommen habe, nicht binden könne.

Nachdem re- und duplicirt worden, ward vom Amtsgerichte unterm 23. Mai 1863 erkannt: *)

*) Die diesem Erkenntnisse vorangeschickten Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß es sich nach dem Inhalte der Klage in der vorliegenden Sache darum handelt,

Digitized by Google

daß Kläger mit ihrer unbegründeten Klage abzuweisen, auch schuldig seien, die angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

---

ob der Beklagte ungeachtet der ihm in seiner Eigenschaft als Bauervogt zuständigen Exemtion von den Wegelasten auf Grund einer im Jahre 1844 zwischen den Hufnern in Högersdorf abgeschlossenen Vereinbarung wegen künftiger Theilnahme des Bauervogts an den Wegelasten für pflichtig anzusehen ist, an den Wegelasten der Commüne Högersdorf gleich den übrigen Hufnern Theil zu nehmen;

in Erwägung, daß weder die Competenz des Amtsgerichts zur Entscheidung in dieser Sache noch die Activlegitimation der Kläger einem gegründeten Zweifel unterliegen kann, da es nicht zulässig erscheint, die stattgehabte Verweisung der Sache auf den Weg Rechtens, wie von dem Beklagten geschehen, dahin zu beschränken, daß die Sache, welche nach dem Zweck des officiellen Verfahrens in diesem überall nur eine summarische auf die dabei in Betracht kommenden Rechtsfragen nicht näher eingehende Erörterung gefunden hat, nur als Streitsache zwischen der Commüne und dem Beklagten zur gerichtlichen Verhandlung verwiesen ist, und da ferner die Vereinbarung, auf Grund deren geklagt wird, sich keineswegs ihrem Gegenstande nach nothwendig als ein Communebeschluß darstellt, vielmehr der der Klage zu Grunde liegenden Auffassung, wonach die Hufner in Högersdorf sich gegenseitig verpflichtet haben, daß derjenige von ihnen, welcher zum Bauervogt ernannt werden würde, auf die Exemtion von den Wegelasten keinen weiteren Anspruch solle machen können, begrifflich Nichts entgegensteht; daß daher die von dem Beklagten vor der Einlassung vorgeschützten Einreden der an das Gericht nicht erwachsenen Streitsache und der fehlenden Activlegitimation auf Berücksichtigung keinen Anspruch haben;

in Erwägung indeß, die materielle Begründung der Klage anlangend, daß Kläger sich dafür einfach auf die fragliche Vereinbarung berufen, daß aber diese Vereinbarung den klägerischen Anspruch selbstverständlich nur dann zu begründen vermag, wenn dieselbe die Erfordernisse eines gültigen Vertrages in sich vereinigt, daher namentlich auch einen Gegenstand betroffen hat, über welchen die Paciscenten zu disponiren befugt waren, während im entgegengesetzten Falle der Vereinbarung die derselben vindicirte rechtsverbindliche Kraft nicht wird eingeräumt werden können;

in Erwägung, daß die Vereinbarung nicht, wie von den Klägern angenommen und replicando näher angegeben ist, lediglich die Abhaltung gewisser nach den Wegegesetzen auf den Grundbesitz der Paciscenten fallenden Wegelasten, sondern vielmehr die mit dem öffentlichen Amte eines Bauervogts verbundenen Rechte und Pflichten zum Gegenstand hat, daß aber die Entscheidung darüber, ob ein den Bauervögten mit Rücksicht auf ihren Dienst zuständiges Recht in Zukunft wegfallen soll, den Communemitgliedern in keiner Weise eingeräumt werden kann, vielmehr eine darauf gerichtete Vereinbarung unverbindlich ist, und daraus auch privatrechtliche Ansprüche nicht hergeleitet werden können;

in Erwägung, daß es unter diesen Umständen überall nicht darauf ankommen kann, ob die fragliche Vereinbarung, wie es von den Klägern bezeichnet wird, als ein pactum reale intuitu fundorum, worunter zu verstehen sein wird, als eine Vereinbarung, welche die Paciscenten mit Rücksicht auf ihren Grundbesitz abgeschlossen haben, und an welche ihre Besitznachfolger ohne Weiteres gebunden sind, sich darstellt, daß aber außerdem ein solches pactum reale hier keineswegs vorliegt, da, was auch die Intention der Paciscenten gewesen sein mag, es an jeglicher Form für die Constituirung einer Realverpflichtung der angegebenen Art fehlt;

in endlicher Erwägung, daß dem Vorstehenden nach der klägerische Anspruch sich ohne Weiteres als unbegründet herausstellt und es daher einer Beweisauflage hinsichtlich der Vereinbarung, wie sie sonst beim Leugnen des Beklagten erforderlich gewesen wäre, nicht bedarf.

Gegen dieses Erkenntniß haben Kläger appellirt und ihre Beschwerden darin gesetzt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr
2) der Beklagte dem Klagantrage gemäß schuldig erkannt,
3) event. daß nicht den Klägern zu beweisen auferlegt worden, daß im Jahre 1844 die sechs damaligen Besitzer der klägerischen Hufenstellen mit dem Besitzvorweser und Vater des Beklagten eine Vereinbarung mit einander geschlossen haben, wornach in Zukunft der Bauervogt in Högersdorf gleich den übrigen Hufnern die auf die-

Digitized by Google

ſer Commüne haftenden Wegelaſten mit tragen ſolle, oder wie anders der Beweis zu normiren ſein werde;

4) event. daß nicht wenigſtens auf Compenſation der Proceßkoſten erkannt werden.

Appellat hat beanſprucht, daß die von ihm erhobenen dilatoriſchen Einreden der an das Gericht nicht erwachſenen Sache und der fehlenden Activlegitimation auch in dieſer Inſtanz noch zu berückſichtigen ſeien. Da indeß der Appellation ſeines Gegners von ihm nicht adhärirt worden iſt und eine etwanige unrichtige Beurtheilung der Relevanz dieſer gegen die Klage vorgebrachten Einreden zu einer officiellen Berückſichtigung derſelben in der Oberinſtanz deshalb keine Veranlaſſung darbieten kann, weil es dem innegehaltenen Verfahren an keinem weſentlichen Beſtandtheile gefehlt hat, ſo ſteht in Beziehung auf die vorgeſchützte hauptſächliche Beſchwerde der Appellanten zunächſt zur Frage: ob die angeſtellte Klage für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß derſelben die Behauptung zum Grunde gelegt worden, daß im Jahre 1844 die derzeitigen Hufenbeſitzer in Högersdorf, mit Ausnahme des Inhabers der Hufe des ſeitherigen Bauervogts Geſch, mit dem Beſitzvorweſer und Vater des Beklagten eine Vereinbarung dahin getroffen hätten, daß in Zukunft derjenige, welcher Bauervogt werde, die der Bauervogtei ſeither zuſtehende Befreiung von den Wegelaſten nicht mehr genießen ſolle und Beklagter daher als Beſitznachfolger in der Hufenſtelle ſeines Vaters verpflichtet ſei, gleich den übrigen Hufnern die auf die Commüne fallenden Wegelaſten mitzutragen;

in Erwägung, daß indeß dieſe Vereinbarung nicht geeignet iſt, eine Verbindlichkeit des Beklagten zur Uebernahme der fraglichen Wegelaſten zu begründen, indem, wenn auch Jeder, dem eine öffentliche Function verliehen worden, auf die ihm beigelegten Emolumente rechtsgültig verzichten kann, doch eine desfällige über ſeine Perſon hinausgehende ſeinen Amtsnachfolger betreffende Vereinbarung deshalb ohne alle rechtliche Bedeutung für Letzteren iſt, weil die Feſtſtellung der den künftigen Bauervögten beizulegenden Emolumente denjenigen öffentlichen Verhältniſſen angehört, die der Privatdispoſition entzogen ſind, die Natur dieſes Verhältniſſes aber dadurch, daß es desungeachtet zum Gegenſtande eines Vertrages gemacht worden, nicht hat abgeändert und in ein privatrechtliches umgeändert werden können;

in Erwägung, daß daher das angefochtene Erkenntniß des Segeberger Amtsgerichts gerechtfertigt erſcheint, und mithin, da zweifelhafte Rechtsfragen nicht vorgelegen haben, die zur Erkennung der Koſtencompenſation Veranlaſſung darbieten konnten, die Appellationsbeſchwerden als unbegründet zu verwerfen ſind,

wird auf eingelegte Receſſe und Unterinſtanzacten, nach ſtattgehabter mündlicher Verhandlung, von Obergerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Segeberger Amtsgerichts vom 23. März v. J. zu beſtätigen, Kläger und Appellanten auch ſchuldig, dem Beklagten und Appellaten die Koſten dieſer Inſtanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfriſt zu erſtatten.

Wie denn ſolchergeſtalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Herzogl. Holſteiniſchen Obergericht zu Glückſtadt, den 25. Februar 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

12. Stück. — Den 21. März 1864.

Criminalfälle.

Oeffentliche Injurie.

Von dem Segeberger Amthause ist unterm 13. September 1861 gegen den Bauervogt Hans Jacob Möller in Leezen wegen Calumnie und öffentlicher Injurien das folgende Erkenntniß abgesprochen worden:

In Erwägung, daß, nachdem der ehemalige Pächter zu Neverstaben, jetzige Gutsbesitzer Carstenn zu Wandsbeck, der Leezener Gemeinde eine Kirchenuhr zum Geschenk offerirt und den Leezener Juraten vom Kirchenvisitatorio der Auftrag geworden, sich nach vorgängiger Besprechung mit der Gemeinde über dieses Anerbieten zu erklären, der Angeschuldigte in einer Eingabe dem Visitatorio angezeigt hat, daß sich auf der abgehaltenen Gemeindeversammlung die Majorität der Anwesenden gegen Annahme des Geschenkes ausgesprochen habe, daß aber, da die Juraten in dem aufgabemäßig von ihnen erstatteten Bericht den auf die Ablehnung der Uhr sich beziehenden Beschluß als den Wünschen der Majorität der Gemeinde zuwiderlaufend bezeichnet, vom Kirchenvisitatorio die Abhaltung einer neuen Versammlung verfügt und in dieser sich für die Annahme der Uhr eine überwiegende Stimmenmehrheit ergeben hat;

in weiterer Erwägung, daß der Angeschuldigte, dem in seiner Eigenschaft als Bauervogt der Dorfschaft Leezen eine Vertretung der dortigen Kirchengemeinde überall nicht beikommend war und dessen Eingabe an das Visitatorium über das Resultat der Abstimmung in der ersten Gemeindeversammlung daher einen unbefugten Eingriff in die Gerechtsame der Juraten enthielt, gegen diejenige Verfügung des Visitatorii, wodurch auf den Antrag der Juraten eine nochmalige Abstimmung angeordnet ward, unterm 19. Februar 1859 in eigenem Namen eine Protestation und Gerechtsamsverwahrung beim Kirchenvisitatorio eingelegt und darin die Gründe, welche er auf der zu Niendorf gehaltenen Gemeindeversammlung gegen eine abermalige Abstimmung in Betreff der Kirchenuhr geltend gemacht, in einer für den derzeitigen Oberbeamten Kammerherrn v. Rumohr injuriirenden Weise zusammengestellt hat;

in weiterer Erwägung, daß in Folge der auf den Antrag des Kammerherrn v. Rumohr desfalls vom Königl. Holsteinischen Obercriminalgericht verfügten, vom Segeberger Magistrat commissarisch geführten Untersuchung sich herausgestellt hat, daß der Angeschuldigte nicht allein auf der Versammlung zu Niendorf am 11. Februar, sondern auch am 17. s. M. im Riß Ahrens'schen Gasthause in Segeberg wider den Kammerherrn v. Rumohr als Oberbeamten directe die ehrenrührigsten Beschuldigungen vorgebracht hat, indem Angeschuldigter nämlich

1) auf der Niendorfer Versammlung, beeidigter Aussagen des Hufners und Juraten Fahrenkrog in Niendorf, des Setzhufners und Juraten Detlef Lüth in Tönningstedt, des Hufners und Juraten Peter Ehlers in Neverstaben, der Hufner Jochim Hinrich Danger und Friedrich Stölten in Niendorf zufolge, den Kammerherrn v. Rumohr als Richter in dieser Sache aus dem Grunde verworfen, weil derselbe selbst nicht recht thue, vielmehr ungerechtfertigter Weise aus dem Parke zu Traventhal verschiedene Holzquantitäten verkauft und das dafür erhobene Geld für sich behalten habe; und

2) im Gastzimmer des Riß Ahrens, wie resp. der Bauervogt Hans Friedrich Studt in Geschendorf, der Hufner Asmus Friedrich Eduard Frieß aus Weede, der

Digitized by Google

Hufner Friedrich Haamann in Söhren und der Gastwirth Johann Jochim Christian Harm eidlich erhärtet, nicht nur die Aeußerungen in Ansehung des dem Kammerherrn v. Rumohr zur Last fallenden ungerechtfertigten Holzfällens im Traventhaler Park wiederholt, sondern auch demselben Parteilichkeit für diejenigen, die Bürgschaft für ihn übernommen, vorgeworfen und in der Beziehung namentlich sich dahin ausgesprochen, daß, um im Amte Traventhal Bauervogt zu werden oder sonst etwas zu erreichen, man nur auf 500 ℛ Bürge für den Kammerherrn v. Rumohr zu werden brauche, dann sei Alles in Ordnung;

in Erwägung ferner, daß der Angeschuldigte zwar die Wahrheit dieser Aussagen im Ganzen oder Einzelnen bestritten und darauf aufmerksam gemacht hat, daß er sich wie in der Protestation nur in bedingter Weise über den Kammerherrn v. Rumohr geäußert, daß gleichwohl dieses Vorgeben, dessen Irrelevanz übrigens bei der an sich schon injuriirenden Ausdrucksweise der Protestation sofort erkennbar wird, um so weniger auf Glaubwürdigkeit Anspruch hat, als die Angaben der beeidigten Personen in den Resultaten der Abhörung auch anderweitig Unterstützung gefunden, während von den Zeugen, die die fraglichen Aeußerungen nicht gehört haben wollen, keiner dafür, daß sich der Angeschuldigte derselben nicht bedient, einzustehen vermocht hat;

in Erwägung ferner, daß, wie für Widerlegung der in der Defensionsschrift aufgestellten Behauptung, daß die gebrauchten Ausdrücke sich nur auf den Kammerherrn v. Rumohr als Privatmann bezögen, lediglich eine Hinweisung auf die constatirte Art der Ausdrucksweise genügt, auch die vom Angeschuldigten zur Hand genommene Einrede der Wahrheit den Acten nach sich als unbegründet erweist, da

1) wenn auch durch die Untersuchung ermittelt, daß der Kammerherr v. Rumohr successive verschiedene Holzeffecten aus dem Traventhaler Park verkauft, es gleichwohl nach den Acten durchaus zweifelhaft zu betrachten, ob er sich dadurch einer Unrechtfertigkeit schuldig gemacht, ob ihm nicht vielmehr die Erlaubniß dazu nach dem von ihm eingezogenen Rentekammerschreiben zugestanden;

2) ungeachtet es festgestellt ist, daß der Kammerherr v. Rumohr für erhebliche Anleihen aus Sparkassen eine Anzahl Bauervögte und Eingesessene aus den Aemtern Traventhal und Reinfeld zur Leistung von Bürgschaften vermocht, doch Thatsachen, die den Vorwurf, daß sich der Kammerherr v. Rumohr zu Gunsten seiner Bürgen Parteilichkeit zu Schulden kommen lassen, rechtfertigen würden, überall nicht erbracht sind, nach den Aussagen der überwiegenden Majorität der abgehörten Personen selbst nicht einmal eine desfällige Befürchtung sich in diesen Aemtern geltend gemacht hat und im Verhältniß dazu und zu der Schwere des Vorwurfs den in ihren Grundlagen sehr zweifelhaft erscheinenden Besorgnissen des Halbhufners Blunck in Stipsdorf, so wie der gegen den Erbpachtsmüller Kloodt zur Herrenmühle gebrauchten erweislich ohne alle Folge gebliebenen Drohung nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen werden kann;

in Erwägung daher, daß der Angeschuldigte, da der von demselben dem Kammerherrn v. Rumohr als Oberbeamten gemachte Vorwurf der Unrechtfertigkeit und Parteilichkeit als ein fälschlicher anzusehen, sich der Calumnie und der öffentlichen Injurien schuldig gemacht, daß indeß bei Beurtheilung der Strafbarkeit auf den Umstand, daß der Kammerherr v. Rumohr in Folge eines späterhin gegen ihn zur Anzeige gekommenen criminellen Verbrechens sich der wider ihn verfügten Untersuchung durch heimliche Entweichung entzogen hat, in erheblichem Grade mildernd dem Angeschuldigten zur Seite stehen muß und daß demnach nur auf eine Königl. Brüche von 50 ℛ, unter Verurtheilung in die Kosten der Untersuchung, zu erkennen sein wird,

wird der Bauervogt Hans Jacob Möller in Leezen wegen Calumnie und öffentlicher Injurie zu einer innerhalb 4 Wochen ab ins. an die Segeberger Amtstube zu erlegenden Königl. Brüche von 50 ℛ, so wie zur Erstattung der Kosten der Untersuchung, hiedurch verurtheilt.

Gegen dies Erkenntniß wandte der Verurtheilte sich supplicirend an das Holsteinische Obercriminalgericht, von welchem darauf der nachstehende Bescheid erging.

Auf die sub praes. den 11. November v. J. eingegangene Supplicationsschrift des Bauervogts H. J. Möller in Leezen, Angeschuldigten, jetzt Supplicanten,

betreffend demselben zur Last gelegte Calumnie und öffentliche Injurien, jetzt wider das Erkenntniß des Segeberger Amthauses vom 13. September / 10. October v. J.,

wird, nach eingezogenem sub praes. den 22. December v. J. hieselbst eingegangenen Bericht des Segeberger Amthauses,

Digitized by Google

in Erwägung, daß die in der historischen Einleitung der Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses vorkommende Erwähnung derjenigen Vorgänge, welche der Niendorfer Versammlung vorausgegangen sind, und die an einer anderen Stelle der Motive desselben Erkenntnisses zu Gunsten des Supplicanten hervorgehobene Bemerkung über die notorische Thatsache, daß der Kammerherr v. Rumohr sich einer Criminalunterſuchung durch die Flucht entzogen habe, die daran von dem Supplicanten geknüpfte Betrachtung, daß, weil die auf diese Vorgänge Bezug habenden Acten nicht Theil der vorliegenden Unterſuchungsacten geworden, ihm kein vollständiges rechtliches Gehör gewährt sei und das Erkenntniß mithin als nichtig angesehen werden müsse, selbstfolglich nicht rechtfertigen können;

in Erwägung, das dem Supplicanten zur Last gelegte Verbrechen der Calumnie anlangend,

daß die von ihm wider den Kammerherrn v. Rumohr in Beziehung auf dessen Geldverhältnisse vorgebrachten Beschuldigungen sich im Wesentlichen als wahr ausgewiesen haben, und wenn auch dem Supplicanten zum Vorwurf gereicht, daß er in dem Gespräch mit dem Bauervogt Studt, wo ein Wort das andere gegeben, sich von einer gewissen Uebertreibung in der Ausdrucksweise nicht freigehalten hat, hierauf doch im Hinblick auf das Resultat der wider den Kammerherrn v. Rumohr geführten Unterſuchung entscheidendes Gewicht nicht wird gelegt werden dürfen, daß dagegen rücksichtlich des dem Kammerherrn v. Rumohr in Betreff des Holzfällens im Traventhaler Park vom Supplicanten gemachten Vorwurfes es allerdings bisher noch unaufgeklärt geblieben, welche Bewandtniß es hiermit hat, daß es jedoch dem Supplicanten nicht zum Nachtheil gereichen darf, daß in Folge desfallsiger Ministerialverfügung die wider den Kammerherrn v. Rumohr geführte Unterſuchung hierauf nicht hat erstreckt werden können, und es daher auch nicht gerechtfertigt erscheint, wenn Supplicant auf Grund der vorliegenden Acten der Calumnie für überführt erachtet worden ist;

in Erwägung ferner, betreffend die Frage, ob Supplicant wegen öffentlicher Injurien zu bestrafen ist,

daß diejenigen beleidigenden Bemerkungen, in welche sich Supplicant auf der Niendorfer Versammlung und in seiner dieselbe betreffenden Eingabe an das Segeberger Consistorium über den derzeit fungirenden Amtmann, den Kammerherrn v. Rumohr, mit Beziehung auf eine Amtshandlung desselben ergangen, als öffentliche Injurien zu bezeichnen sind;

daß die Wahrheit ausgesprochener Beschuldigungen dem Vorbringen nur unter der Voraussetzung den Character strafbarer Injurie benimmt, daß dasselbe sich den Umständen nach als eine erlaubte Handlung darstellt;

daß es zwar jedem Staatsbürger freistehen muß, Amtsverletzungen so wie solche Handlungen eines Beamten, wodurch derselbe sich des für eine gedeibliche amtliche Wirksamkeit unentbehrlichen Vertrauens beraubt hat, bei der vorgesetzten Behörde zur Anzeige zu bringen, es auch nicht als eine unerlaubte Handlung bezeichnet werden darf, wenn bei Gelegenheit der Berathung über die gegen einen solchen Beamten vorzunehmenden Schritte diejenigen Thatsachen wahrheitsgetreu zur Erörterung gebracht werden, welche dabei in Berücksichtigung zu ziehen sind;

daß aber der Supplicant sich hierauf keineswegs beschränkt hat und namentlich sein Auftreten in der Niendorfer Versammlung, wo er seinen Widerspruch gegen eine amtliche Anordnung der beikommenden Behörde mit injuriösen Aeußerungen zu motiviren suchte, die darauf berechnet waren, den Beamten als einen des Vertrauens Unwürdigen darzustellen, sich als ein völlig unzuläſſiges Vorgehen darstellt, da die Aufrechthaltung der Rechtsordnung erfordert, daß obrigkeitliche Verfügungen als solche respectirt werden, auch wenn sie ausgehen von einem Beamten, gegen den sich begründete Beschuldigungen erheben lassen, und es mithin nicht geduldet werden darf, wenn der Einzelne von Anordnungen, die ihm nicht convenirten oder mit seiner Auffassung der Verhältnisse nicht übereinstimmen, Anlaß nimmt, sich in injuriöse die amtliche Auctorität herabwürdigende Aeußerungen über einen Beamten zu ergehen, den er selbstfolglich als solchen zu respectiren hat, so lange er noch Träger des Amtes ist;

daß daher, auch die Wahrheit der vorgebrachten Beschuldigungen vorausgesetzt, der Supplicant wegen öffentlicher Injurien zu bestrafen ist;

in Erwägung endlich, daß den Umständen nach eine Brüche sich als eine angemessene Strafe darstellt und gegen die Höhe der erkannten Brüche, bei deren Bestimmung unter anderem auch die Vermögensverhältnisse des Betreffenden in Berücksichtigung kommen, keine Einwendungen erhoben worden sind;

hiemittelst von Obercriminalgerichtswegen zum Bescheide ertheilt, daß das angefochtene Erkenntniß dahin abzuändern:

Digitized by Google

daß Supplicant wegen öffentlicher Injurien zu einer innerhalb 4 Wochen ab ins. an die Segeberger Amtstube zu erlegenden Brüche von 50 ß R.-M., sowie zur Erstattung der Kosten der wider ihn resp. von dem Segeberger Magistrat und dem Segeberger Amthause geführten Untersuchung zu verurtheilen sei.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 9. Mai 1862.

Eine weitere Supplication des Bauervogts Möller an das Oberappellationsgericht zu Kiel führte schließlich zu dem folgenden Bescheide.

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die mit Bericht des Segeberger Amthauses vom 9./11. September v. J. hier eingegangene Supplicationsschrift des Bauervogts Hans Jacob Möller in Leezen, Angeschuldigten, wegen Calumnie und öffentlicher Injurien, jetzt gegen den Bescheid des Holsteinischen Obercriminalgerichts vom 9./14. Mai v. J.,

wird,

in Erwägung, daß die Anschuldigung der Calumnie bereits vom Obercriminalgerichte aus zureichenden Gründen verworfen worden ist;

daß aber auch die Verurtheilung des Supplicanten wegen öffentlicher Injurien nicht gerechtfertigt erachtet werden kann, weil

1) nach gemeinem Rechte, weches in dieser Hinsicht in der vaterländischen Gesetzgebung, namentlich in der Verordnung vom 11. Mai 1798 § 6, nicht geändert, vielmehr durch die Bestimmungen im § 278 der Zollverordnung vom 1. Mai 1838 bestätigt worden ist, Beleidigungen, welche einem Beamten zugefügt werden, nicht schon deshalb, weil sie zu seinem Amte in Beziehung stehen, von Amtswegen zu untersuchen und zu bestrafen sind, sondern nur dann, wenn sie während der Amtsverrichtung zugefügt sind, weshalb denn im vorliegenden Falle als Gegenstand der Untersuchung und Grund der eventuellen Bestrafung allein die bei dem Kirchenvisitatorium der Probstei Segeberg unterm 18. Februar 1859 eingereichte s. g. Protestation und Gerechtsamsverwahrung in Betracht zu ziehen war, und die Erstreckung der Untersuchung auf die Vorgänge und Gespräche in der Communeversammlung zu Niendorf so wie in den Häusern des Niß Ahrens und des Wirths Wickel in Segeberg nur insofern ein rechtliches Interesse hat, als sich aus diesen Vorgängen auf des Angeschuldigten Beweggrund zur Einreichung der vorerwähnten Eingabe schließen läßt;

2) weil Angeschuldigter in der mehrerwähnten Eingabe nichts Thatsächliches vorgebracht hat, welches nicht, abgesehen von der ohne dessen Zuthun hinfällig gewordenen Nachforschung in Betreff der Holzfällungen, in Folge der geführten Untersuchung sich als wahr herausgestellt hätte, und die auf die unmittelbar nachfolgende thatsächliche Motivirung gegründete Bemerkung, daß der erste Visitator ein Mann sei, welcher in bedauerlicher Weise äußeren Einflüssen unterliege, weder ihrer Form nach eine Schmähung enthält, noch ihrem Inhalte nach strafbar erscheint, da dieselbe sehr füglich als ein Ausdruck begründeter Besorgniß vor der Gefahr äußerer Versuchungen aufgefaßt werden kann, denen sich der Bezeichnete durch constatirte Handlungen, über welche Niemandem das freie Urtheil verwehrt ist, ausgesetzt hatte;

3) weil aus den mit zur Untersuchung gezogenen Ereignissen und Verhandlungen, welche der Eingabe vom 18. Februar 1859 vorhergegangen sind, mit Sicherheit sich entnehmen läßt und durch die dem Supplicanten von achtbarer Seite gegebenen Characterzeugnisse bestätigt wird, daß es des Angeschuldigten Absicht nicht gewesen ist, durch die in jener Eingabe angeführten Thatsachen und ausgesprochenen Besorgnisse den Beamten, welchem dieselben zum Vorwurfe gereichten, zu beleidigen, sondern vielmehr sich selbst und die übrigen Amtsuntergehörigen gegen stattfindende Mißbräuche sicher zu stellen;

in Erwägung sodann, daß bei Freisprechung des Angeschuldigten in der Hauptsache ebenfalls dessen Verurtheilung zur Erstattung von Untersuchungskosten wiederum aufzuheben sein wird, daß jedoch ein ausreichender Grund zur Erstattung der von ihm aufgewendeten Defensions- und Supplicationskosten nicht vorhanden ist;

hiedurch zum Bescheide ertheilt:

daß, unter Aufhebung des angefochtenen Bescheides des Holsteinischen Obercriminalgerichts vom 9./14. Mai v. J., der Supplicant nicht allein von der ihm angeschuldigten Calumnie, sondern ebenfalls von den ihm zur Last gelegten öffentlichen Injurien freizusprechen sei.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 3. Januar 1863.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

13. Stück. — Den 28. März 1864.

Entscheidungen.

Der Rheder eines Schiffes haftet für den Schaden, den der Führer desselben durch Uebersegeln anrichtet, nur subsidiair. — Nach Lübschem Rechte ist derselbe, wenn die Uebersegelung ohne ein Verschulden des Schiffers stattgefunden hat, zum Ersatz der Hälfte des Schadens verpflichtet.

In Sachen des Gerichtsvogts Krüger zu Collmar, als gerichtlich bestellten Massecurators im Concurse der Wittwe Margaretha Maria Lienau, geb. Carlsen, in Collmar, Klägers,

gegen

das Königl. Holsteinische Obersachwalteramt Namens des Königlichen Finanzministeriums, Beklagte,

wegen Schadensersatzes,

hat Kläger vortragen lassen:

Am Abend des 31. December 1861 habe der Führer des Königl. Postdampfschiffes „Freya", der Capitain Petersen, das in der Kieler Föhrde außerhalb des Fahrwassers vor Anker liegende Everschiff „Margaretha" über- und in den Grund gesegelt. Das Schiff sei Eigenthum des inzwischen verstorbenen Schiffers Wilhelm Lienau aus Groß-Collmar gewesen, nach dessen Tode die mit ihm in Gütergemeinschaft lebende Wittwe das beneficium cessionis bonorum impetrirt habe. Da die Concursmasse außer den Ansprüchen wegen Verlustes des Evers nichts weiter besitze, sei ihr das Creditrecht verliehen und Aufgabe des Massecurators und des als Masseanwaltes constituirten Contradictors sei es nun, Beikommende für den durch die Uebersegelung verursachten Schaden verantwortlich zu machen. Die Generalpostdirection und das Finanzministerium habe sich auf eine außergerichtliche Erledigung der Sache nicht einlassen wollen und Kläger habe daher die Ansprüche der Concursmasse gerichtlich geltend machen müssen.

Die beim Kieler Brückengerichte aufgemachte Verklarung des Schiffers Lienau ergebe, daß der Führer des Schiffes, von Skive mit einer Ladung Hafer nach London bestimmt, am 31. December 1861 die Kieler Föhrde erreicht habe. Diesseits Marsensand, kurz ehe man nach Heikendorf komme, gegen 9 Uhr Abends ganz außerhalb des Fahrwassers und dem Lande so nahe, daß der beste Mann Kuhlbach den Grund mit dem Ruder habe fühlen können, sei das Anker geworfen, die Kugellaterne vollständig in guter Ordnung sei vom Capitain selber angezündet, und von ihm mit einem Bündsel fest an den Fockstag gebunden, worauf die Mannschaft sich zur Ruhe begeben habe. Der Führer des Postdampfschiffes habe es nun möglich gemacht, gänzlich aus dem Cours zu kommen und das außerhalb des Fahrwassers nahe am Lande ankernde Schiff über- und in den Grund zu segeln. Seine Verklarung laute freilich ganz anders, als die des Schiffers Lienau, aber durch die demnächst vom Actuar Reiche gemachten Erhebungen sei constatirt, daß das in den Grund gesegelte Everschiff „Margaretha" zur Zeit der Uebersegelung in der Kieler Föhrde ungefähr auf der Linie gelegen, welche sich von der Laböer Huck nach der Schre-

Digitized by Google

venborner Huck ziehen lasse, und daß daher das Postdampfschiff bei der Ueberſegelung ganz außer Cours gerathen und höchſt wahrſcheinlich auf den Strand gekommen ſei, wenn nicht der überſegelte Ever dies verhindert hätte.

Der Führer des Poſtdampfſchiffes, der ſchon ſeit 1856 die Route zwiſchen Kiel und Corſör fahre, habe das Fahrwaſſer genau gekannt, jedenfalls kennen müſſen und mindeſtens habe die Generalpoſtdirection Niemanden zum Führer des Schiffes anſtellen dürfen, der nicht mit dem Fahrwaſſer genau bekannt geweſen. Das ſchuldvolle Handeln des Capitains, welcher im Fahrwaſſer hätte bleiben müſſen, verpflichte die Rhederei zum vollen Schadenserſatze. Die Kieler Föhrde ſtehe unter der Jurisdiction der Stadt Kiel und die Vorſchrift des Lib. VI Tit. IV Art. 3 des dort geltenden Lübiſchen Rechts werde von unſeren Gerichten mit der Modification zur Anwendung gebracht werden müſſen, daß der Rheder, um von dem Erſatz des halben Schadens ſich zu entfreien, ſtatt zum Reinigungseide zugelaſſen zu werden, den Beweis des casus reſp. der culpa auf Seiten des Schiffers, deſſen Fahrzeug übergeſegelt ſei, führen müſſe. Rechtlich ſei die Sachlage daher die:

1) die Rhederei des Poſtdampfſchiffes „Freya“, das Königl. Finanzminiſterium, habe den ganzen dem Schiffer Lienau erwachſenen Schaden zu erſtatten, es ſei denn, daß ſie den Beweis führe, daß der Schaden durch einen casus oder durch die Schuld des Schiffers Lienau herbeigeführt ſei,

2) aber auch wenn die Rhederei einen ſolchen Beweis ſollte erbringen können, würde ſie dennoch den halben Schaden zu erſtatten haben.

Die Größe des Schadens beſtehe außer der eingebüßten Fracht, die 450 ℛ betragen, in dem Verkaufswerth, den das verloren gegangene Schiff zur Zeit der Ueberſegelung gehabt, und dieſer belaufe ſich auf 1920 ℛ R.-M.

Im Ganzen habe alſo der Schiffseigner einen Schaden von 2370 ℛ erlitten. Schiff und Fracht ſeien nun zwar reſp. bei der Glückſtädter Schiffergilde und der Düſſeldorfer Verſicherungsgeſellſchaft verſichert, aber beide Geſellſchaften verweigerten die Zahlung und von ihnen ſei nur dann etwas zu erlangen, wenn wider Erwarten die Rhederei von der Verpflichtung zum Schadenerſatz freigeſprochen werden ſollte. Kläger könne daher nur jura cessa aus den beiden Verſicherungsverträgen offeriren und erbiete ſich reſp. auf die ganze oder die halbe Verſicherungsſumme dem Beklagten jura cessa zu ertheilen, je nachdem der ganze oder halbe Schaden werde erſetzt worden ſein.

Demnach werde das beklagte Miniſterium ſowohl zufolge allgemeiner Rechtsgrundſätze als auch nach dem hier in Betracht kommenden Lübiſchen Recht jenen Schaden, jedenfalls die Hälfte deſſelben, zu erſtatten haben, weshalb die Klagbitte dahin gehe:

> den Beklagten in qual. qua zu verurtheilen, die libellirten 2370 ℛ R.-M., event. die Hälfte davon, mit 5 Procent Verzugszinſen, vom Tage der an die Generalpoſtdirection ergangenen Mahnung, event. vom Tage der an das Königl. Finanzminiſterium ergangenen Mahnung, in omnem eventum vom Tage der Klaginſinuation, dem Kläger in qual. qua zu bezahlen und ihm in gleicher Friſt die angeurſachten Proceßkoſten, d. et m. s., zu erſtatten.

Beklagter hat dieſer Klage zunächſt proceßhindernd opponirt:

1) die Einrede der fehlenden Paſſivlegitimation, weil eine culpa des Schiffsführers das Fundament der Klage bilde, in ſolchem Fall aber nach L. 29 § 2 ad leg. Aquil. 9, 2 und der damit übereinſtimmenden Vorſchrift des Lübiſchen Rechts Lib. VI Tit. IV Art 3 nur gegen den Schiffer, welcher das Unglück verſchuldet habe, geklagt werden könne;

2) die Einrede der verfrühten Klage, indem, ſelbſt wenn angenommen werden könnte, daß die Rhederei für den vom Capitain ſchuldvoll angerichteten Schaden hafte, ſie doch immer nur ſubſidiair für den Fall, daß vom Schiffer ſelbſt kein Schadenserſatz zu erlangen wäre, würde zu haften haben,

vergl. Pöhls Handelsrecht, III, 3, S. 792.
Weiske, Rechtslexicon, IX, S. 775,

und die Klage alſo jedenfalls verfrüht ſei, weil der Capitain des Dampfſchiffes „Freya“ zur Zeit noch überall nicht in Anſpruch genommen ſei.

Sich ſodann eventuell auf die Klage einlaſſend hat Beklagter die übrigen Behauptungen derſelben eingeräumt; dagegen geleugnet, daß den Führer des Dampfſchiffes bei der Ueberſegelung irgend ein Ver-

Digitized by Google

ſchulden treffe, daß das Everſchiff „Margaretha“ in der nächſten Nähe des Landes außerhalb des Fahrwaſſers vor Anker gelegen und eine Laterne ausgehängt gehabt und die Laterne zur Zeit der Ueberſegelung noch gebrannt habe, ſo wie daß der gewählte Platz ein ſehr geſuchter Ankerplatz ſei, daß der Capitain des Dampfſchiffes aus dem Cours gerathen und daß der in dem Verluſt des Schiffes und der Fracht beſtehende Schaden auf den angegebenen Betrag ſich belaufe.

Beklagter hat hiernächſt zur Begründung der Einrede der unfundirten Klage ſich darauf berufen, daß den Capitain des Poſtdampfſchiffes kein Verſchulden treffe, der Schiffer Lienau vielmehr durch eigenes ſchuldvolles Handeln das Unglück herbeigeführt habe, indem

1) ſchon darin eine grobe Verſchuldung liege, daß er bei völliger Finſterniß und ſtarkem W. N. W. Wind ſich in eine Enge gelegt;

2) Lienau nach dem § 11 der Kieler Hafen- und Brückenordnung vom 18. April 1857 verpflichtet geweſen, von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang eine Laterne mit weißem Lichte an einer Stelle zu führen, von wo aus ſelbige am ganzen Horizont geſehen werden könnte, aus der in dieſem Punkte mit der Verklarung der „Margaretha“ nicht in Widerſpruch ſtehenden Verklarung der „Freya“ aber hervorgehe, daß zur Zeit des Ueberſegelns eine Laterne auf der „Margaretha“ nicht gebrannt habe;

3) die Schiffer nach dem § 31 der citirten Hafen- und Brückenordnung auch verpflichtet ſeien, bei ſtürmiſcher Witterung ſowohl Tags als Nachts eine Wache halten zu laſſen, und der Schiffer Lienau, der keine Wache ausgeſtellt, auch ſchon nach allgemeinen Regeln,

cf. Pöhl's Handelsrecht, III, 3, S. 780,

zur Beobachtung dieſer Vorſichtsmaaßregel verpflichtet ſei, da er bei totaler Dunkelheit in einem ſo engen Fahrwaſſer gelegen.

Endlich hat auch noch Beklagter für den Fall, daß der Grundſatz zur Anwendung kommen könne, daß der Schade zur Hälfte von jedem Theil getragen werden müſſe, die Einrede der Compenſation und Pluspetition auf die Behauptung geſtützt, daß auch das Dampfſchiff bei der Ueberſeglung der „Margaretha“ beſchädigt worden und die Reparaturkoſten 107 ℛ 38 ß betragen hätten.

Replicando bemerkt Kläger

1) zu der Einrede der fehlenden Paſſivlegitimation:

Es ſei aus dem Factum der Ueberſeglung geklagt und die vinculire den Schaden des Schiffes mindeſtens zum Erſatz des halben Schadens. Selbſt wenn daher wegen culpoſer Ueberſeglung der „Margaretha“ nicht gegen den Rheder, ſondern nur gegen den Schiffer geklagt werden könne, könnte völlige Abweiſung darnach nicht eintreten. Der Grundſatz des Römiſchen Rechts, wornach der Principal nur für culpa in eligendo hafte, ſei durch das neuere Seerecht antiquirt, indem die Rhederei auch für die culpa des Schiffsführers und zwar direct hafte. Im vorliegenden Fall müſſe dies um ſo mehr gelten, als der Führer des Poſtdampfſchiffes in Königlichen Dienſten angeſtellt ſei und das Poſtweſen für die Verſehen ihrer Angeſtellten aufkommen müſſe;

2) zur Einrede der unbegründeten Klage:

die producirten drei Documente und namentlich die Verklarung ſeien nicht in Gemäßheit der Verordnung vom 13. Mai 1821 errichtet und könnten daher keine beweiſende Kraft in Anſpruch nehmen. Ihr Inhalt werde in Abrede geſtellt. Der Schiffer Lienau habe ſich nicht in culpa befunden, was übrigens für die Erſatzpflicht in Betreff des halben Schadens gänzlich irrelevant ſei;

3) zur Einrede der Compenſation und Pluspetition:

Kläger müſſe es in Abrede ſtellen, daß das Dampfſchiff bei der Ueberſeglung der „Margaretha“ beſchädigt worden und dadurch Reparaturkoſten zum Betrage von 107 ℛ 38 ß veranlaßt ſeien. Sowohl nach allgemeinen Grundſätzen des Seerechts als namentlich nach § 3 Tit. IV Lib. VI des Lübiſchen Rechts ſei es übrigens nicht zweifelhaft, daß nur der Schade in Betracht gezogen werde, den das vor Anker liegende Schiff durch die Anſeglung erlitten habe.

Duplicando iſt dieſen Bemerkungen widerſprochen und namentlich hervorgehoben worden, daß der Schiffsführer keineswegs als ein Beamter des Poſtweſens anzuſehen ſei und daß auch nach neuerem Seerecht die Rhederei nicht für die culpa des Schiffsführers, auch nicht ſubſidiair, hafte.

Nach ſtattgehabter Verhandlung ſteht ſonach zur Frage, ob und event. unter welchen Vorausſetzungen das Finanzminiſterium haftet für den durch die Ueberſeglung des Evers „Margaretha“ verurſachten Schaden.

Digitized by Google

In Erwägung nun, daß diese Frage schon aus dem Grunde, weil aus der Klage so wenig als aus der replicarischen Erklärung zu entnehmen ist, daß der Führer des Postdampfschiffes als solcher die Stellung eines Staatsbeamten eingenommen hat, nur nach den im Allgemeinen für Schiffsrheder geltenden Grundsätzen beurtheilt werden kann;

in Erwägung ferner, daß das Römische Recht zwar den Schiffseigner für jeden im Schiffe durch unerlaubte Handlungen erlittenen Schaden unbedingt verantwortlich macht, im Uebrigen aber, wie sich aus einer Vergleichung der L. 1 § 1 de exerc. actione mit den im Titel nautae caupones D. 4, 9, aufgestellten Grundsätzen, dem § 3 Inst. de obl. quae quasi ex delicto 4, 5, und der L. 29 D. § 2 ad legem Aquiliam und anderen Gesetzesstellen ergiebt, die Haftbarkeit der Rhederei auf Contractsverhältnisse, bei deren Ausführung sich der Schiffer zur Schadenserstattung verpflichtende Vergehen oder Versehen zu Schulden kommen läßt, beschränkt, wohingegen es allerdings als ein allgemein geltender Grundsatz des neueren europäischen Seerechts angesehen werden darf, daß die Schiffsrhederei bis zum Werthe ihres Schiffes für den durch culpose An- oder Ueberseglung verursachten Schaden wenigstens subsidiair hafte, es sich aber nicht als ein allgemein gültiger Satz des neueren Seerechts hinstellen läßt, daß, wie dies freilich einzelne Seegesetze verordnen, die Rhederei nicht bloß in subsidium, sondern principaliter in Anspruch genommen werden könne und es ihr zu überlassen, demnächst ihren Regreß an den schuldigen Schiffer zu suchen,

vgl. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. II S. 467 u. fgd.,

Pöhls, Handelsrecht, III, 3, S. 792,

Kaltenborn, Seerecht, S. 148,

und daß, was namentlich das Lübische Recht anlangt, in dem allegirten Art. 3 Tit. 4 Lib. VI überall nur von dem Fall die Rede ist, wo ein Schiffer, der zugleich Schiffseigner ist, ein anderes Schiff durch Ansegeln beschädigt, sich auch aus dem für einen analogen Fall im Art. 3 Tit. 3 Lib. IV aufgestellten Grundsatz nur eine subsidiaire Haftverbindlichkeit des Schiffsrheders ableiten läßt,

vgl. Heise und Cropp, l. c., S. 493;

in Erwägung endlich, daß zwar nach Lübischem Recht unbedenklich angenommen werden darf, daß der Rheder für den Fall, in dem sein Schiffer unverschuldet einen Schaden durch Ueberseglung eines anderen Schiffes anrichtet, zur Erstattung der Hälfte des Schadens verpflichtet ist, das aber in solchem Fall die Haftverbindlichkeit eben nur deshalb für des Schiffseigner ohne Weiteres eintritt, weil der Schiffer, den kein Verschulden trifft, nicht in Anspruch genommen werden kann, also eben der Fall vorliegt, in dem sich die subsidiaire Haft des Rhebers geltend macht, und daß hinfolglich in dem hier zu entscheidenden Fall, wo nach der eigenen Darstellung des Klägers der Schade durch ein culposes Handeln des Schiffsführers herbeigeführt worden, die Klage aus dem Grunde als verfrüht anzusehen, weil dem Kläger seinen eigenen Angaben zufolge ein Klagrecht gegen den Schiffsführer zusteht und zur Zeit nicht vorliegt, daß er seine Schadensansprüche nicht mit Erfolg wider denselben geltend machen kann,

wird nach auf eingelegte Recesse stattgehabter mündlicher Verhandlung hierdurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Klage zur Zeit abzuweisen sei, unter Vergleichung der Kosten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 22. October 1863.

Das Holsteinische Oberfachwalteramt appellirte gegen dies Erkenntniß an das Oberappellationsgericht zu Kiel, erhielt aber den nachstehenden abschlägigen Bescheid.

Auf die am 14. November v. J. bieselbst eingegangene Appellationsrechtfertigung des Holsteinischen Oberfachwalteramts, Namens des Königl. Finanzministeriums, Beklagten, jetzt Appellanten,

wider

den Gerichtsvdgt Krüger in Collmar, als gerichtlich bestellten Massecurator im Concurse der Wittwe Margaretha Maria Lienau, geb. Carlsen, Kläger, jetzt Appellaten,

ppltr. wegen Schadensersatzes s. w. d. a., jetzt Appellation wider das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 22. October v. J.,

Digitized by Google

wird, die erste von der Nichtbeachtung der Passivlegitimation hergenommene Beschwerde betreffend,

in Erwägung, daß die in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses ausgesprochene Rechtsansicht, daß für den Schaden, den ein Schiffer durch Uebersegeln verursacht, der Rheder des Schiffes mit diesem hafte, in den Seerechten und namentlich in denjenigen der Staaten, welche die Ostsee begrenzen, eine so vielfache und umfassende Anerkennung gefunden hat, daß der desfallsige Grundsatz vom Obergericht füglich als eine hier anwendbare Rechtsnorm hat bezeichnet werden können, welcher gegenüber ein etwa aus Bestimmungen des Römischen Rechts abzuleitendes abweichendes Resultat nicht mehr maaßgebend ist;

daß ferner, was die zweite Beschwerde anlangt, die Vergleichung der Kosten eine hinreichende Rechtfertigung darin findet, daß die in Fällen der vorliegenden Art Anwendung leidenden Rechtsnormen, namentlich was die Frage betrifft, ob eine principale oder subsidiaire Haft des Rheders anzunehmen sei, sich nicht mit solcher Einfachheit und Bestimmtheit ergeben, daß dem Kläger ein desfälliger Fehlgriff als ein Verschulden zur Last zu legen ist,

hiedurch dem Appellanten

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kosten der Appellationsschrift werden zu 16 ℛ 27 ß bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgericht zu Kiel, den 9. März 1864.

Die exceptio doli ist begründet, wenn in einem Contractsverhältniß der Verletzte ein ihm sofort angebotenes genügendes Surrogat der ihm entzogenen Leistung zurückgewiesen hat.

In Supplicationssachen des Handschuhmachers H. W. Müller in Kiel, Klägers, dann Provocanten, jetzt Supplicanten,

wider

die Wittwe des weil. Schneidermeisters F. Moll, Beklagte, dann Provocatin, jetzt Supplicatin,

wegen 116 ℛ Entschädigung für Entziehung eines vermietheten Schaufensters am Moll'schen Hause,

ergeben die Acten:

Am 10. December 1862 hat Kläger beim Kieler Niedergericht klagend vorgebracht: er habe im Jahre 1859 von dem Erblasser der Beklagten, dem verstorbenen Schneider F. Moll, eine Wohnung im Moll'schen Hause nebst einem Platz zum Schaufenster an der Thür nach der Holstenstraße, das dem Kläger seiner Zeit vom Vermiether angewiesen worden, für 48 ℛ pro anno gemiethet. Beklagte, die ihren Mann beerbt und mit ihren Kindern in ungetheilten Gütern sitzen geblieben sei, habe dies Miethverhältniß fortgesetzt. Am 5. Juni d. J. habe nun Beklagte das besagte Schaufenster widerrechtlich fortgenommen und sei darauf durch ein rechtskräftiges niedergerichtliches Erkenntniß vom 24. September d. J. verurtheilt, binnen 14 Tagen auf ihre Kosten das Schaufenster wieder zu befestigen, unter Vorbehalt der klägerischen Ansprüche auf Schadenersatz; da aber Kläger Michaelis d. J. ausgezogen sei, habe Beklagte das Schaufenster nicht wieder angebracht. Der Platz sei dem Kläger somit während 116 Tagen entzogen gewesen und betrage der daraus entstandene Schade nach mäßiger Berechnung 1 ℛ pr. Tag, also im Ganzen 116 ℛ. Kläger habe früher 1 ℛ 38 ß pr. Tag verdient, nach Entfernung des Schaufensters jedoch höchstens einige Schillinge, so daß sein Geschäft ganz ins Stecken gerathen sei, wie Kläger denn auch öfters hinterher erfahren habe, daß Kunden vom Lande sich vergeblich nach seinem Schaufenster umgesehen und sich dann zu andern Handwerkern begeben hätten. Kläger habe sich daher schließlich sogar an die Armenkasse wenden müssen. Falls es eines Beweises für den ihm zugefügten Schaden bedürfe, erbiete sich Kläger zum juramentum in litem und bitte, die Beklagte zu verurtheilen, die eingeklagten 116 ℛ R.-M. s. m. nebst Kosten binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Excipiendo hat Beklagte den Miethcontract, die Wegnahme des Fensters, den Streit vorm Niedergericht und dessen Ausgang, so wie das Fehlen des Fen-

Digitized by Google

sters während 116 Tagen eingeräumt, aber geleugnet, daß ein Schaden dadurch entstanden sei. Kläger sei ein notorisch arbeitsscheuer Mensch, der gar keine Kundschaft gehabt, vielmehr habe er, bevor er an die Armenkasse gekommen sei, von einer bei einem Brande erhaltenen hohen Versicherungssumme gelebt. Beklagte habe ihm freigestellt, sein Schaufenster auf die andere Seite der Hausthür nach der Holstenbrücke hin zu hängen, von welcher Erlaubniß Kläger aber keinen Gebrauch gemacht. Die Bedingungen des Würderungseides seien nicht vorhanden, da Beklagte bona fide gehandelt habe, ein juramentum quantitatis werde im Vaterlande nicht anerkannt. Uebrigens könne Kläger als Alumne der Armenkasse gar nicht selbstständig klagen und bitte Beklagte daher um Abweisung des Klägers, ref. exp.

Replicando hat Kläger alle Behauptungen der Beklagten geleugnet, auch daß Kläger Alumne der Armenkasse sei und daß Beklagte ihm freigestellt, sein Schaufenster auf die andere Seite des Hauses anzubringen, was überdies ganz irrelevant sei. Die Voraussetzungen des jur. in litem seien vollständig vorhanden, insbesondere fehle die bona fides der Beklagten, da ja feststehe, daß sie ohne Einwilligung des Klägers eigenmächtig und widerrechtlich das Schaufenster weggenommen habe.

Duplicando hat Beklagte behauptet, daß der frühere Proceß vorm Niedergericht nur ergeben habe, daß Beklagte objectiv einem Rechte des Klägers zuwider gehandelt habe, und nicht, daß Beklagte dies mala fide gethan, vielmehr sprächen die Zeugenaussagen für die bona fides der Beklagten. Hierauf hat unterm 17. December 1862 das Kieler Niedergericht für Recht erkannt: *)

*) Die niedergerichtlichen Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß die Beklagte die Angaben des Klägers über das zwischen Parteien bestandene Miethverhältniß, die Wegnahme des Schaufensters des Klägers von dem demselben dazu mitvermietheten Platze an ihrem Hause, und ferner eingeräumt hat, daß dem Kläger der gedachte Platz während einer Zeit von 116 Tagen entzogen worden sei;

in Erwägung, daß jeder Entschädigungsanspruch einen Causalzusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und einer zum Ersatz desselben verpflichtenden Thatsache voraussetzt, daß aber bei dem Vorhandensein dieses Causalnexus nicht nur der positive Schade, sondern auch der entgangene Gewinn den Gegenstand des Entschädigungsanspruchs bildet;

in Erwägung, daß in der nach der Einlassung als bewiesen vorliegenden Verletzung des zwischen Parteien bestandenen Miethcontracts ein genügender Verpflichtungsgrund und in den ferneren Anführungen des Klägers, daß und in wie fern in Folge dieser Contractsverletzung seine bisherige Kundschaft und damit der frühere Verdienst aus seinem Geschäfte abgenommen, eine genügende Substantiirung des Schadensersatzanspruchs gefunden werden muß, daß aber, da Beklagte die Angabe des Klägers in dieser letzteren Beziehung bestritten, Kläger zu beweisen haben wird;

in Erwägung, daß, da Kläger den behauptlich erlittenen Schaden dem Umstande zuschreibt, daß die Kunden nach der Wegnahme seines bisher an dem Hause der Beklagten befindlich gewesenen Schaufensters ihn nicht hätten auffinden können, aus des Klägers eigener Darstellung hervorgeht, daß diese Folge nicht eingetreten sein würde, wenn Kläger von dem, wie Beklagte behauptet, ihm gemachten Anerbieten, sein Schaufenster an die andere Seite der Hausthür zu hängen, Gebrauch gemacht hätte;

in Erwägung, daß, wenn gleich allerdings Kläger nicht für verpflichtet angesehen werden kann, sich die Gewährung eines anderen als des ihm vermietheten Platzes gefallen zu lassen, solches doch nur gilt, wo es sich um die Erfüllung des Miethcontractes, nicht aber, wie hier, um den aus der Nichterfüllung des Contractes angeblich entstandenen Schaden handelt, weil die Beklagte, indem sie dem Kläger dasjenige, worauf es demselben nach dessen eigener Darstellung nur ankam — einen Platz zum Schaufenster an der Thür des Hauses —, anbot, ihrerseits Alles gethan, um den etwa für den Kläger zu befürchtenden Schaden abzuwenden, so daß Kläger, indem er von diesem Anerbieten keinen Gebrauch machte, den ihm behauptlich erwachsenen Schaden selbst verschuldet hat;

in Erwägung, daß daher der Beklagten der Beweis dieser von dem Kläger geleugneten Behauptung für den Fall des Gelingens des dem Kläger aufzuerlegenden Beweises freizulassen ist;

Könnten und würden Parteien innerhalb Ordnungsfrist, vorbehältlich der Gegenbeweise und der Eide, rechtlicher Art nach darthun und beweisen, und zwar:

Digitized by Google

1) der Kläger:
daß in Folge der Wegnahme seines Schaufensters an dem Hause der Beklagten während des in der Klage näher angegebenen Zeitraums seine Kundschaft abgenommen und ihm durch diese Abnahme der Kundschaft ein Schade von 1 ℛ pr. Tag oder wie viel weniger erwachsen sei; event.

2) die Beklagte:
daß sie dem Kläger freigestellt, sein Schaufenster auf die andere Seite der Hausthür zu hängen,

so würde je nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen sowohl in der Hauptsache als auch der Kosten wegen weiter erkannt werden, was Rechtens.

Gegen dies Erkenntniß hat Kläger an den Kieler Magistrat provocirt, sich beschwerend, daß erkannt, wie geschehen, insbesondere auch der Beklagten ein indirecter Gegenbeweis auferlegt und freigelassen worden, und nicht vielmehr blos ihm ein Beweis auferlegt, Beklagte aber mit einem indirecten Beweise ganz ausgeschlossen sei. Provocant bitte daher, daß der event. sub 2 der Beklagten auferlegte Gegenbeweis als rechtlich unbegründet ganz aufgehoben, ihr also nicht freigelassen werde.

Unterm 31. März d. J. hat darauf der Kieler Magistrat für Recht erkannt: *)

daß das angefochtene Erkenntniß des Niedergerichts zu bestätigen und ad exequendum zu remittiren, Kläger auch schuldig sei, der Beklag-

---

in Erwägung, daß die Frage über die Zulässigkeit des Würderungseides bei Führung des klägerischen Beweises event. erst im Beweisverfahren zu prüfen.

*) Entscheidungsgründe des Magistrats:

In Erwägung, daß das Erkenntniß des Niedergerichts vom 24. September 1862, durch welches die Beklagte zur Restituirung des vermietheten Platzes für das Schaufenster und zur Erstattung der Kosten verurtheilt wurde und durch welches der erste Proceß seine Endschaft erreichte, mit den Worten schloß: „unter Vorbehalt der dem Kläger etwa erwachsenen Schadenserſatzansprüche", daß hierin eine Verurtheilung der Beklagten zur Erstattung eines nur näher zu liquidirenden Schadens nicht gefunden werden kann, daß somit der gegenwärtige Rechtsstreit nicht einen Theil des früheren bildet, sondern ein für sich bestehender Proceß ist,

in welchem auch über den erhobenen Schadensersatzanspruch, keineswegs nur über dessen Umfang, selbstständig zu entscheiden ist;

in Erwägung ferner, daß in Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes: quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire (L. 203 D. d. R. J.) der Schaden nicht in Anrechnung gebracht werden darf, wenn derselbe durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt von Seiten des Beschädigten hätte vermieden werden können,

L. 21 § 3 de A. E. V. (19, 1).
L. 30 § 4, L. 52 pr. ad leg. Aquil. (9, 2).
L. 56 § 3 de evict. (21, 2),
Schlesw. Holst. Anzeigen, 1848, S. 321,
„ „ „ 1850, S. 121,
Sintenis, Civilrecht, Bd. 2 S. 71,
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abthl. 2 S. 157,
Seuffert, Archiv, Bd. 12 Nr. 255,
„ „ Bd. 13 Nr. 11;

in Erwägung ferner, daß der Mangel des an der Hausthür hängenden Schaufensters nach der Angabe des Klägers die Zahl der ihn besuchenden Käufer verminderte, daß die Ursache dieser Einbuße mindestens zum großen Theil wegfällig wurde, wenn das Schaufenster auf der anderen Seite der Hausthür hing, und daß Kläger demnach die Sorgfalt eines diligens pater-familias nicht anwandte, wenn er die von der Beklagten ihm behauptlich ertheilte Erlaubniß, sein Schaufenster an der anderen Seite der Hausthür aufzuhängen, nicht benutzte;

in Erwägung ferner, daß der durch dieses Verhalten des Klägers begründete Vorwurf, der behauptliche Schaden sei kein unvermeidlicher gewesen, durch den Einwand des Klägers, die Beklagte habe ihm die mit der Befestigung des Schaufensters verbundenen Kosten nicht angeboten, nicht beseitigt wird, weil unbestreitbar diese jedenfalls unerheblichen Kosten dem Kläger von der Beklagten erstattet werden mußten, also einen Theil seiner Entschädigungsforderung bildeten;

in Erwägung ferner, daß der von Mommsen l. c. S. 157 und 257 aus der L. 15 § 1 D. de A. E. V. hergeleitete Satz, die dolose Rechtsverletzung verpflichte zum Ersatz auch desjenigen Schadens, den der Beschädigte durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte vermeiden können, im vorliegenden

Digitized by Google

ten die Kosten der Provocation, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, innerhalb Ordnungsfrist zu erstatten.

Gegen dies Erkenntniß hat Kläger hierher supplicirt, indem er sich dadurch gravirt fühlt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr die gegen das niedergerichtliche Erkenntniß vom 17. December 1862 erhobene Beschwerde vom Magistrat für begründet erachtet und demnach das niedergerichtliche Erkenntniß in Gemäßheit des in der Provocationsschrift gestellten Antrages reformirt worden sei;
2) daß Supplicant in die Kosten verurtheilt und nicht vielmehr diese compensirt worden.

Nach eingezogener Gegenerklärung steht nun zur Frage, ob die erhobenen Beschwerden für begründet zu erachten sind.

In Erwägung nun, daß die supplicantische Behauptung, die der Supplicatin zum Beweis verstellte Einrede sei nicht genügend substantiirt, weil in derselben der Zeitpunkt des Anerbietens nicht genannt und nicht behauptet worden, daß dem Supplicanten von Seiten der Supplicatin die Uebernahme der Kosten der Veränderung zugesichert worden sei, als ungerechtfertigt erscheint, da aus dem ganzen Zusammenhange der Exceptionalien hervorgeht, daß die Zeit der Wegnahme des Schaufensters gemeint gewesen sei, und es eines besonderen Anerbietens der Tragung der Kosten bei der sich von selbst verstehenden und auch gar nicht bestrittenen desfälligen Verpflichtung der Supplicatin überall nicht bedurfte;

in Erwägung ferner, daß die Supplicatin, indem sie dem Supplicanten freistellte, sein Fenster auf der andern Seite der Thür aufzuhängen, demselben damit ein genügendes Surrogat für den entzogenen Platz anbot, da nicht zu ersehen ist, wie dadurch, daß ein Schaufenster an einer neuen Stelle an derselben Fronte des Hauses aufgehängt wird, ein Verlust der Kundschaft sollte entstehen können, auch von dem Supplicanten in der Unterinstanz gar nicht behauptet ist, daß der ihm angebotene neue Platz unvortheilhafter gewesen sei, als der frühere;

in Erwägung, daß daher Supplicant durch Zurückweisung des ihm gemachten Anerbietens der bona fides, welche Contrahenten in Vertragsverhältnissen einander schulden, entgegenhandelte, und somit zur Erhebung von Schadensansprüchen nicht berechtigt erscheint;

in Erwägung endlich, daß dadurch auch die Beschwerde des Supplicanten über seine Verurtheilung in die Kosten der Unterinstanzen ihre Erledigung findet;

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 3. Juli v. J. hierselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach eingegangener Gegenerklärung, hierdurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, der Supplicatin die mit 23 ℔ 87 ß R.-M. passirenden Kosten der Gegenerklärung, sobald er dazu des Vermögens, zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 26. Januar 1864.

Falle einer näheren Erörterung nicht bedarf, weil nach dem nämlichen Verfasser (S. 258) auch in Fällen doloser Rechtsverletzungen der Schaden nicht berücksichtigt werden kann, wenn die nicht erfolgte Vermeidung desselben in einem dolus oder in einer culpa lata des Beschädigten ihren Grund hatte, weil aber nach dem Vorstehenden das unterlassene Aufhängen des Schaufensters an der anderen Seite der Hausthür dem Kläger als culpa lata anzurechnen ist, und weil ferner die in dieser Beziehung als Replik aufzufassende Behauptung des Klägers, die Beklagte habe sich gegen ihn einer dolosen Rechtsverletzung schuldig gemacht, von dieser durch Berufung auf ihren guten Glauben geleugnet worden und also unerwiesen ist, da die in dem ersten Proceß durch Ableistung eines Entscheidungseides geschaffene formelle Wahrheit als solche für diesen Proceß nicht in Betracht kommt;

in Erwägung endlich, daß demnach die Behauptung der Beklagten, sie habe dem Kläger einen Platz für das Schaufenster an der anderen Seite der Hausthür angewiesen, für die Entscheidung über den erhobenen Entschädigungsanspruch und dessen Umfang relevant, und daß somit die Provocation nicht gerechtfertigt ist.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

14. Stück. — Den 4. April 1864.

Entscheidungen.

Welche Anzahl von Mitgliedern in einem Richtercollegium für eine gültige Beschlußfassung erforderlich sei. — Für das Rechtsmittel der Officialbeschwerde sind keine Förmlichkeiten vorgeschrieben.

Eine von dem Müller Tode in Hartenholm erhobene Nichtigkeitsbeschwerde über die in einem von ihm geführten Processe gegen den dortigen Zimmermeister Huckfeldt stattgehabte mangelhafte Besetzung des Segeberger Amtsgerichts, in welchem, während es nach seiner Verfassung,

cf. Justizreglement für das Amt Segeberg vom 9. December 1743 Abthl. 1 § 1,

aus fünf Mitgliedern besteht, nur zwei stimmberechtigte Mitglieder fungirt hatten, veranlaßte die Erlassung des folgenden Rescriptes an das Amtsgericht:

Von Obergerichtswegen

wird dem Segeberger Amtsgericht mit Beziehung auf dessen unterm 14. December v. J., bei Remittirung der Vorstellung und Bitte c. adj. des Müllers J. H. Tode in Hartenholm, Klägers und Appellanten, jetzt Querulanten,

betreffend die in der diesjährigen Michaelisjuridica des Segeberger Amtsgerichts wider den Zimmermann Huckfeldt in Hartenholm, Beklagten und Appellanten, wegen rechtswidrigen Fahrens, Gehens und Viehtreibens über Klägers Land verhandelte Sache, jetzt wegen mangelhafter Besetzung des Gerichts, daher Nichtigkeit,

erstatteten Bericht,

in Erwägung, daß das Segeberger Amtsgericht in dem am 13. October v. J. stattgehabten Termin, in welchem die rubricirte Sache vor demselben verhandelt worden, während die Abgebung des Erkenntnisses ausgesetzt worden ist, aus dem const. Oberbeamten Justizrath Jacobsen, dem Kirchspielvogt v. Sievers und dem als Protocollführer hinzugezogenen Amtssecretair Bleicken bestanden hat, daß von dem Anwalt des Querulanten in einer am folgenden Tage bei dem Amtsgericht eingereichten Vorstellung unter Berufung darauf, daß das stattgehabte Verfahren wegen mangelhafter Besetzung des Gerichtes ein nichtiges gewesen sei, darauf angetragen worden ist, daß in der fraglichen Sache kein Erkenntniß abgegeben, vielmehr officiell zur Verhandlung derselben ein außerordentlicher Gerichtstermin angesetzt werde und daß das Gericht seinem Mandanten die durch den frustrirten ordentlichen Gerichtstermin ihm erwachsenen Kosten erstatten möchte; daß das Amtsgericht hierauf den Querulanten durch Decret vom 21. October v. J. abschlägig beschieden *) und

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß eine Verpflichtung des Amtsgerichts, auf den Fall der Behinderung des einen oder anderen Mitgliedes, an den Sitzungen theilzunehmen, für eine anderweitige Vertretung desselben Sorge zu tragen, weder im Segeberger Justizreglement noch auch in irgend einem anderen Gesetz Begründung findet, event. aber auch bei den für das hiesige Amt normirten Organisationsverhältnissen überall nicht verwirklicht werden könnte;

Digitized by Google

dieſer ſich nun mit einer Nichtigkeitsbeſchwerde hieher gewandt hat, in welcher die Caſſation des ſtattgehabten Verfahrens, die Anberaumung eines neuen außerordentlichen Termines und die Verurtheilnng des Amtsgerichtes in ſämmtliche Koſten beantragt worden iſt;

in Erwägung, daß im vorliegenden Falle nur zwei ſtimmberechtigte Mitglieder des Gerichts in der Sitzung vorhanden geweſen ſind, indem der Amtsſecretair Bleicken, wie dies auch aus dem Berichte des Amtsgerichts erhellt, nur zur Protocollführung hinzugezogen iſt, daß aber nach anerkanntem proceſſualiſchen Grundſatz, welcher übrigens ſchon aus der Natur der Sache in Berückſichtigung des Weſens und der Bedeutung der collegialiſchen Behandlung einer Rechtsſache hervorgeht, die Anzahl von drei ſtimmberechtigten Mitgliedern die geringſte iſt, aus welcher ein Richtercollegium gültig beſtehen kann, und daher ſchon mit Rückſicht hierauf die Nichtigkeit des ſtattgehabten Verfahrens unzweifelhaft vorliegt; daß aber eine fernere Nichtigkeit in der Zuziehung des Amtsſecretairs Bleicken, wie ſie in concreto geſchehen, gefunden werden muß, da die Protocollführung in den Sitzungen des Amtsgerichts nach dem § 2 der Abthl. 1 des Segeberger Juſtizreglements dem Actuar, welcher zugleich ſtimmberechtigtes Mitglied iſt, obliegt und demzufolge die Zuziehung eines Protocollführers ohne Stimmberechtigung gegen die Verfaſſung des Gerichtes verſtößt;

in Erwägung, daß die von dem Amtsgericht vorgebrachten Gründe das ſtattgehabte Verfahren nicht rechtfertigen können, indem der Umſtand, daß in vier früheren Fällen aus den Jahren 1825, 1859 und 1861 in gleicher Weiſe verfahren werden, nicht in Betracht kommt, da eine begangene Nichtigkeit nicht durch die Berufung auf frühere ähnliche Nichtigkeiten zu rechtfertigen iſt, indem ferner der Umſtand, daß der Querulant in dem Termin keinen Proteſt gegen die Zuſammenſetzung des Gerichtes erhoben hat, ohne alle Relevanz iſt, indem ein nichtiges Verfahren der vorliegenden Art durch das Schweigen einer Partei bei der Unabhängigkeit der ſtaatlichen Normen über die Rechtſprechung der Gerichte von dem Parteiwillen nicht zu einem rechtsbeſtändigen werden, namentlich auch darin ein Verzicht auf die ſpätere Erhebung einer Nichtigkeitsbeſchwerde nicht gefunden werden kann, weil nichts dafür vorliegt, daß die Partei, welche die Legalität der Handlungen des Gerichtes vorausſetzen dürfte, in ſolcher Weiſe auf ihre Gerechtſame habe verzichten wollen, wie denn auch von einer prorogatio fori, abgeſehen von der nicht vorhandenen desfälligen Abſicht des Querulanten, ſchon um deswillen nicht die Rede ſein kann, weil eine Prorogation zwar einem im concreten Falle incompetenten Gericht die Competenz, nicht aber einem in unzuläſſiger Weiſe zuſammengeſetzten Gericht die Befugniß zur Rechtſprechung zu verleihen vermag; und

in Erwägung, daß demzufolge die erhobene Nichtigkeitsbeſchwerde als begründet, insbeſondere auch bei dem begangenen Verſtoß gegen unzweifelhafte Rechtsgrundſätze der Anſpruch auf Erſtattung der Koſten, für welche die Mitglieder des Amtsgerichts, welche als ſolche in dem fraglichen Termin fungirt haben, verantwortlich ſind, als gerechtfertigt erſcheint;

---

in weiterer Erwägung, daß, da der Kirchſpielvogt Schultz wegen ſeiner verwandtſchaftlichen Beziehungen zu dem in allen zum 13. d. M. eincitirten fünf Sachen Parteien vertretenden Advocaten Riſſen der Theilnahme an der Sitzung ſich enthielt, die durch den auf den gedachten Tag einfallenden Jahrmarkt in Bramſtedt veranlaßte Behinderung des Kirchſpielvogts von Linſtow erſt wenige Tage vor der Sitzung zur Kunde des Gerichts gelangte, die Abhaltung des Gerichts in Anweſenheit zweier ordentlicher Mitglieder deſſelben unter Zuziehung des auf das Protocoll beeidigten Amtsſecretairs Bleicken als Protocollführers ohne Votum für um ſo unbedenklicher erachtet worden, als ſie den obwaltenden Verhältniſſen nach geboten war, im Uebrigen auch nach Inhalt des Gerichtsprotocolles eine ähnliche Zuſammenſetzung des Gerichts bereits in den Terminen vom 13. Mai 1825, 10. Mai und 19. December 1859 und 17. Juni 1860 ſtattgefunden hat; und

in endlicher Erwägung, daß das Vorgeben, es habe dem zur Protocollführung adhibirten Amtsſecretair Bleicken an der für dieſes officium erforderlichen Unabhängigkeit gefehlt, thatſächlich darin ſeine Widerlegung findet, daß die Thätigkeit deſſelben ſich darauf beſchränkt hat, die Dictate der den Parteien bedienten Anwälte zu Protocoll zu nehmen, im Uebrigen auch ein Proteſt der Parteien vor der Verhandlung der eincitirten Sachen überall nicht eingelegt.

Digitized by Google

hiemittelst, unter Cassation des in dem Termin vom 13. October v. J. stattgehabten Verfahrens, aufgegeben, förderſamſt einen neuen außerordentlichen Termin zur Verhandlung der rubricirten Sache von Amtswegen anzuberaumen, auch dem Querulanten ſowohl die durch den stattgehabten Termin ihm erwachſenen Kosten, wie auch die Kosten ſeines Recurſes, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erſtatten.

Königlich Holſteiniſches Obergericht zu Glückſtadt, den 22. Januar 1863.

Das Segeberger Amtsgericht wandte ſich gegen die ihm zuerkannte Erſtattung der Kosten mit einer Officialbeſchwerde an das Oberappellationsgericht zu Kiel; von dieſem erging darauf folgender Beſcheid.

Namens Sr. Königl. Majeſtät.

Auf die am 18. März d. J. hieſelbſt eingegangene Vorſtellung des Segeberger Amtsgerichts vom 22. Januar d. J., betreffend die Beſchwerde des Müllers J. H. Tode in Hartenholm, Klägers und Appellanten, jetzt Querulanten,

> wegen der in der vorjährigen Michaelisjuridica des Amtsgerichts wider den Zimmermann Huckfeld in Hartenholm, Beklagten und Appellaten, wegen rechtswidrigen Fahrens, Gehens und Viehtreibens über des Klägers Land verhandelten Sache, jetzt wegen mangelhafter Beſetzung des Gerichts, daher Nichtigkeit,

wird, nach eingegangenem Bericht des Holſteiniſchen Obergerichts und unter Mittheilung einer Abſchrift der erforderten Erklärung des Müllers Tode,

in Erwägung, daß die vorgeſchützte Einrede des nicht devolvirten Rechtsmittels unbegründet iſt, weil für das Rechtsmittel der Officialbeſchwerde Förmlichkeiten nicht vorgeſchrieben ſind;

in Erwägung, was die Sache ſelbſt betrifft, daß darin, daß das Segeberger Amtsgericht in termino den 13. October v. J. als ſolches fungirt hat, ungeachtet an der Gerichtsſitzung nur zwei ſtimmberechtigte Mitglieder hatten theilnehmen können, ein daſſelbe zur Koſtenerſtattung verpflichtendes Verſchulden des Gerichts um ſo weniger gefunden werden kann, da es gemeinrechtlich keineswegs ein anerkannter proceſſualiſcher Grundſatz iſt, daß die Anzahl von drei ſtimmberechtigten Mitgliedern die geringſte ſei, aus welcher ein Richtercollegium gültig beſtehen könne, überdies auch in der Organiſation verſchiedener vaterländiſcher Gerichte der Grundſatz Unterſtützung findet, daß, ſofern nicht das Geſetz über die zur Beſchlußfähigkeit eines beſtimmten Richtercollegiums erforderliche Anzahl von Mitgliedern beſondere Vorſchriften enthält, ein zeitweilig mit einer geringeren Anzahl von Mitgliedern als drei beſetztes Gerichtscollegium in Fällen eingetretener Hinderniſſe oder Vacanzen rechtsgültig fungiren kann;

in Erwägung, daß eine Verurtheilung des Amtsgerichts in die Kosten aus dem Grunde, weil daſſelbe im gedachten Termin den Amtsſecretair Bleicken zur Protocollführung hinzugezogen, ſich eben ſo wenig rechtfertigt, weil der Amtsſecretair Bleicken als Amtsſecretair den in der Verfügung vom 1. September 1766 vorgeſchriebenen Eid als Protocollführer geleiſtet hat, auch die Vorſchrift des Juſtizreglements, wonach der Actuar zugleich als Richter zu fungiren hat, nur zum Zweck der vollſtändigen Beſetzung des Gerichts getroffen iſt, daher die Sonderung der in dem Actuar vereinigten Functionen als Richter und Protocollführer nicht in der Art unzuläſſig iſt, daß nicht den Umſtänden nach einem Dritten die Protocollführung übertragen werden könnte,

hiedurch zum Beſcheide ertheilt:

> daß der angefochtene Beſcheid des Holſteiniſchen Obergerichts vom 22. Januar d. J., ſoweit derſelbe die dem Amtsgericht auferlegte Erſtattung der Kosten betrifft, wiederum aufzuheben.

Die Kosten der eingezogenen Gegenerklärung werden zu 12 ℔ beſtimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 26. Auguſt 1863.

Digitized by Google

In wie weit die Anwälte in Sachen ihrer Clienten zum Zeugniß zuzulassen resp. zur Zeugnißablage verpflichtet sind. — Der Umstand, daß einem Zeugen durch seine Vernehmung Kosten entstehen, deren Erstattung nicht zu gewärtigen ist, berechtigt ihn nicht zur Verweigerung seines Zeugnisses.

Auf die sub praes. den 21. November d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsbeschwerde des Advocaten J. Loeck, als denominirten Zeugen in Sachen des Arbeitsmanns Otto Köhncke in Elmshorn, in väterlicher Vormundschaft seiner Tochter Metta Köhncke daselbst, Klägers und Producenten,

wider

Carl Sonder in Oldesloe, Beklagten und Producten, wegen Schwängerung, daher Alimentation des Kindes und Satisfaction s. w. d. a., wider den Bescheid des Segeberger Magistrats vom 18./24. October d. J.,

wird,

in Erwägung,

1) daß der Segeberger Magistrat für die Verhandlung und Entscheidung des Processes, in dem Supplicant als Zeuge denominirt worden, demjenigen Gerichte substituirt ist, vor dem der Zeuge sein persönliches Forum hat, und es um so weniger zweifelhaft erscheinen kann, daß die Weigerung des Letzteren, sich vor dem Segeberger Magistrat behufs seiner Vernehmung zu sistiren, allen Grundes entbehrt;

2) daß Anwälte nur in den von ihnen geführten Rechtsstreitigkeiten nicht zum Zeugniß zuzulassen, im Uebrigen aber nicht von der allgemeinen Staatsbürgerpflicht der Zeugenschaft befreit sind und den Supplicanten auch namentlich nicht der Umstand, daß er außergerichtlich für das Zustandekommen eines Vergleiches und zwar, wie er behauptet, im Auftrag des Producten thätig geworden, zur Verweigerung seines Zeugnisses berechtigen kann;

3) daß zwar keinem Advocaten zugemuthet werden darf, Geheimnisse zu verrathen, welche ihm im Hinblick auf sein Verhältniß zu seinem Mandanten und seine Stellung zum Staate anvertraut worden sind, daß aber die bloße Möglichkeit, daß einem Zeugen Artikel und Fragstücke vorgelegt werden könnten, deren Beantwortung er unter näherer Angabe der Gründe mit Recht würde verweigern dürfen, die verweigerte Sistirung zur Zeugenvernehmung nicht motiviren kann;

4) daß kein Zeuge aus dem Grunde, weil er Reisekosten zu verlegen und bei den Vermögensverhältnissen des mit dem Armenrecht versehenen Producenten wenig Aussicht auf Erstattung derselben hat, sich der Verpflichtung zur Zeugnißablage entlegen darf, mithin auch das Verlangen des Supplicanten, daß ihm die Erstattung der Reisekosten gesichert werde, völlig ungerechtfertigt erscheint,

hiemittelst von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich x. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 9. December 1861.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

15. Stück. — Den 11. April 1864.

Entscheidungen.

In wie ferne die Beweisurkunden im Original zu produciren sind. — Die amtliche Beglaubigung der Unterschrift einer Urkunde macht dieselbe nicht zu einer öffentlichen.

In Sachen des Halbhufners August Lange und des Vollhufners Claus Griebel in Kaköhl, Beklagten und Producten, jetzt Supplicanten,

wider

den Käthner Johann Mathias Hagen daselbst, Kläger und Producenten, jetzt Supplicaten,

wegen Herausgabe der von dem wail. Hufner Schröder in Kaköhl hinterlassenen Immobilien, vorzüglich Producirung von Urkunden, jetzt wider den Bescheid des Futterkamper Justitiariats vom 19./24. September v. J.,

ergeben die Acten:

Dem Kläger wurde durch Erkenntniß des Futterkamper Justitiariats vom 9. November 1860 der Beweis auferlegt:

daß sein verstorbener Bruder Pasch Hinrich Friedrich Hagen II. zur Zeit der ihm deferirten Succession in das Fideicommiß, also beim Tode seines Vaters, zur Bewirthschaftung des Claus Friedrich Schröderschen Fideicommißgewefes unfähig gewesen sei.

Diesen Beweis trat derselbe durch Zeugen und Urkunden, insbesondere durch eine beglaubigte Abschrift einer von dem P. H. F. Hagen zu Kaköhl mit seiner Mutter, der Wittwe Hagen, geb. Rönnfeldt, für sich und als Vormünderin ihrer unmündigen Kinder so wie mit seinen mündigen Geschwistern unterm 10. Februar 1840 geschlossenen Vereinbarung an. Von dem Justitiariat ward ein Productionstermin auf den 29. August v. J. anberaumt mit der Auflage an den Kläger und Producenten, die von ihm namhaft gemachten Urkunden zu produciren, an die Beklagten und Producten, sich über die Echtheit der vorzulegenden Urkunden in rechtsbehöriger Weise zu erklären, widrigenfalls dieselben als von ihnen für echt anerkannt würden angenommen werden.

In diesem Termine producirte der Anwalt des Klägers unter anderm die beglaubigte Abschrift der vorerwähnten Acte.

Die Beklagten erwiderten, daß nach bekannten Rechten die Urkunden im Original vorzulegen seien; namentlich gelte dies von Privaturkunden. Als solche könnten sie die producirte Abschrift nur ansehen trotz der Beglaubigung, die von ihnen nicht angefochten würde. Sie verweigerten daher jede Erklärung über diese beglaubigte Abschrift, weil die Beglaubigung nur darüber Gewißheit geben könne, daß die Abschrift mit dem der beglaubigenden Person vorgelegten Original übereinstimme, nicht aber für die Ausfertigung und den Inhalt der Urkunde. Sie bäten demnach, daß Kläger und Producent, da der Productionstermin ein

Digitized by Google

peremtorischer sei, mit der vorgelegten Urkunde nicht weiter zugelassen werden möchte.

Der Kläger bemerkte dagegen, es handle sich um eine in beglaubigter Form vorliegende Urkunde, welche in Gegenwart einer mit publica fides versehenen Person durch Namensunterschrift von dem Aussteller vollzogen worden sei. Eine solche Urkunde habe den Character einer öffentlichen, nicht einer Privaturkunde, und beantrage er daher, daß die Beklagten, Einwendens unerachtet, für schuldig erkannt werden möchten, sich über die Echtheit der fraglichen Urkunde zu erklären.

Nachdem die Beklagten darauf noch ihrem gestellten Antrage inhärirt hatten, ward von dem Justitiariat am 19. September v. J. erkannt:*)

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß die in Frage stehende Urkunde als eine öffentliche angesehen werden muß, weil durch die hinzugefügte Beglaubigung der Unterschrift des Ausstellers abseiten des Kaköhler Justitiariats, also einer mit publica fides versehenen Behörde, die nicht anfechtbare Gewißheit hergestellt worden ist, daß der Aussteller, mag er nun seine Unterschrift in Gegenwart des Beamten vollzogen oder sie nachträglich vor demselben als die seinige anerkannt haben, sich zu dem Inhalte der Urkunde bekannt hat;

daß ferner die Verpflichtung des Producenten, auch die inducirten öffentlichen Urkunden im Original vorzulegen, in der von den Producten beanspruchten Allgemeinheit weder ausdrücklich in den Gesetzen begründet noch durch die Praxis anerkannt ist, vielmehr bewährte Rechtslehrer den in gehöriger Form beglaubigten Abschriften öffentlicher Urkunden gleiche Kraft mit dem Original zustehen, wofür wenigstens in dem vorliegenden Falle, wenn die beglaubigende Behörde auch das Original selbst ausgestellt hat, unstreitig die Natur der Sache spricht;

daß endlich, weil der Productionstermin auch für die Producten um so mehr als ein peremtorischer zu betrachten, als sie ausdrücklich sub poena agniti geladen waren, die ungerechtfertigte Weigerung, sich über die von dem Producenten vorgelegte Urkunde Nr. 1 zu erklären, dieselben processualischen Folgen haben muß, als das ungehorsamliche Ausbleiben im Termin.

daß Beklagte und Producten mit ihrem Antrage, es sei die in fidemirter Abschrift vorgelegte Acte vom 10. Februar 1840 für nicht producirt zu erachten, nicht zu hören, daß diese Acte vielmehr der verweigerten Erklärung ungeachtet als von ihnen agnoscirt anzusehen, und daß Beklagte und Producten schuldig, dem Kläger und Producenten die durch diesen Incidentstreit verursachten Kosten, e. d. e. m. s., binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Gegen diesen Bescheid haben die Beklagten hieher supplicirt und sich darüber beschwert, daß, wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr der Kläger mit der in Abschrift producirten Urkunde präcludirt worden.

Nach eingezogener Erklärung des Supplicaten steht zur Frage, ob diese Beschwerde gegründet ist.

In Erwägung nun, daß der processualische Grundsatz, daß die zu benutzenden Beweisurkunden im Productionstermin im Original vorzulegen sind, eben nur bedeutet, daß der Producent diejenigen Urkunden *selbst*, mit denen er seinen Beweis zu führen gedenkt, in diesem Termin zu producten hat, daß aber die Frage, welche Urkunden in jedem einzelnen Falle vorzulegen sind, nach der Art, in welcher die Beweisantretung geschehen ist, sich beantwortet;

in Erwägung, daß Supplicat nun, wie seine Beweisantretungsschrift ergiebt, nicht das Original, sondern nur eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vom 10. Februar 1840 als Beweisdocument inducirt hat, daher seine Verpflichtung nicht weiter gehen konnte, als eben diese beglaubigte Abschrift im Productionstermin vorzulegen und die Supplicanten sich im Unrecht befanden, wenn sie im Termin darauf drangen, daß das Original der vorerwähnten Urkunde, mit welchem der Beweis nicht angetreten war, vorzulegen, und darauf antrugen, daß, weil dies nicht geschehen, der Supplicat mit der vorgelegten Beweisurkunde nicht zuzulassen sei;

in Erwägung sodann, daß im vorliegenden Fall die als Beweismittel benutzte Urkunde eine beglaubigte Copie einer bloßen Privaturkunde war, da die amtliche Beglaubigung der Unterzeichnung einer Privat-

Digitized by Google

urkunde dieſe nicht in eine öffentliche Urkunde umzuwandeln vermag, und daß, da die Supplicanten bereits im Termin die Erklärung abgegeben hatten, daß ſie die Beglaubigung der Copie nicht anfechten wollten, alſo zugäben, daß ihnen eine beglaubigte Abſchrift der Urkunde vorgelegt ſei, es unſtatthaft war, daß das judicium a quo, von der Annahme einer verweigerten Erklärung ausgehend und über die Frage nach der Richtigkeit der Beglaubigung hinausgreifend, in contumaciam die Acte für agnoscirt erklärte, daß jedoch dieſer Ausſpruch die Supplicanten nicht verletzt, da ſie in ihrer Supplicationsſchrift ihre in dem Productionstermin abgegebene auf die Anerkennung der Beglaubigung der Abſchrift ihrer desfälligen Verpflichtung gemäß beſchränkte Erklärung ſelbſt dahin erweitert haben, daß durch die Beglaubigung feſtgeſtellt worden, daß P. H. F. Hagen die Urkunde unterſchrieben habe; und

in endlicher Erwägung, daß die Verurtheilung der Supplicanten in die Koſten des Incidentſtreites gerechtfertigt war, da dieſer lediglich durch ihren Antrag, daß die vorgelegte Urkunde für präcludirt zu erachten, hervorgerufen worden iſt,

wird den Supplicanten auf ihre sub præs. den 11. October v. J. hieſelbſt eingereichte Supplicationsſchrift hiedurch von Obergerichtswegen

ein abſchlägiger Beſcheid

ertheilt und werden dieſelben auch ſchuldig erkannt, dem Supplicaten die auf 11 ℔ 78 ß beſtimmten Koſten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab ins. zu erſtatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holſteiniſchen Obergericht zu Glückſtadt, den 26. Februar 1864.

Criminalfälle.

Ueber den Begriff des Diebſtahls.

Auf Verfügung der vormaligen Holſteiniſchen Regierung wurden im October v. J. 67 Stück auf der Gemeinweide des Fleckens Neumünſter weidenden Hornviehs mit Rückſicht auf die darunter aufgetretene Lungenſeuche unter polizeilicher Aufſicht geſchlachtet. Das Schlachten des Viehes war dem Schlachter Jalas in Neumünſter übertragen worden und es ſollten den betreffenden Vorſchriften gemäß die Köpfe, Klauen nnd Eingeweide der geſund befundenen Stücke an Ort und Stelle verſcharrt werden.

Auf eine gegen ihn erhobene Denunciation nun, daß er mehrere Male Theile des geſchlachteten Viehes auf die Seite gebracht habe, wurde der erwähnte Schlachter Jalas von dem Neumünſterſchen Amthauſe zur Unterſuchung gezogen; es ergab ſich, daß er vier Säcke voll von Leber, Lungen und Köpfen des geſchlachteten Viehes vor der Verſcharrung beſeitigt und in ſeine Wohnung gebracht hatte, um dies Fleiſch in ſeinem Nutzen zu verwenden, und er ward in Folge deſſen von dem Amthauſe wegen erſten kleinen Diebſtahls in eine fünftägige Gefängnißſtrafe bei Waſſer und Brot verurtheilt.

Hiergegen ſupplicirte er an das Holſteiniſche Obercriminalgericht, von welchem darauf der nachſtehende abändernde Beſcheid erfolgte.

Auf die mit Bericht des Neumünſterſchen Amthauſes vom 5. v. M. hieſelbſt eingegangene Supplicationsſchrift des Schlachters Thomas Hinrich Jalas in Neumünſter wegen angeſchuldigten Diebſtahls, jetzt wider das Straferkenntniß des Neumünſterſchen Amthauſes vom 22. October v. J.,

wird bei Retradirung des angelegten Wanderbuchs,

in Erwägung, daß die Handlung des Supplicanten als Diebſtahl nicht bezeichnet werden kann, indem, wenn auch der Anſicht deſſelben, daß die von ihm fortgeſchafften Köpfe und Eingeweide der geſchlachteten Thiere in Niemandes Detention ſich befunden hätten,

Digitized by Google

nicht beizupflichten ist, vielmehr von dem Fleckenscollegium als Ortsbehörde, welche das Schlachten des Viehs veranstaltete und zu dem Behuf den Supplicanten engagirt hatte, auch durch einen Polizeidiener Aufsicht führen ließ, die Detention ausgeübt wurde, doch in Betracht kommt, daß die betreffenden Abfallgegenstände dazu bestimmt waren, derelinquirt und vernichtet zu werden, auch unfehlbar sofort das Verscharren derselben würde stattgefunden haben, und hienach weder der objective noch der subjective Thatbestand des Diebstahls vorliegt, da

1) das Eigenthum an den beregten Gegenständen nur als eine formale civilistische Consequenz sich darstellte und bei practischer Anschauung vom Standpunkt des Eigenthümers aus ohne Inhalt und Bedeutung war, das Verbrechen des Diebstahls aber eine materielle Verletzung des Eigenthums, einen Eingriff in fremde Vermögensrechte, involvirt;

2) der Supplicant wegen Mangels jeglichen Interesses des oder der Eigenthümer füglich deren Zustimmung zur Fortnahme der Abfallgegenstände voraussetzen durfte, also das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit nicht hegte, und hiergegen auch nicht eingewandt werden kann, daß Supplicant geständigermaaßen sein Verhalten als ein unerlaubtes angesehen hat, da als diejenige rechtliche Vorschrift, gegen welche er zu verstoßen glaubte, nicht das zum Schutz des Eigenthums bestehende Strafgesetz, sondern die in Anlaß der Lungenseuche erlassene und ihm bekannte polizeiliche Anordnung, daß Köpfe und Eingeweide des geschlachteten Viehs zu verscharren seien, ihm vorschwebte;

in Erwägung, daß dem Supplicanten daher nur eine Contravention gegen die erwähnte polizeiliche Anordnung zur Last gelegt werden kann, und mit Rücksicht darauf, daß zwar im Allgemeinen solche Contraventionen wegen ihrer großen Gefährlichkeit eine ernste Ahndung verdienen, für den Supplicanten aber strafmildernd zu beachten ist, daß die an dem fraglichen Tage von ihm geschlachteten Kühe nach dem Zeugniß des Thierarztes sämmtlich gesund waren und auch ein schädlicher Erfolg nicht eingetreten ist, eine Brüche von 10 ß R.-M. als angemessen erscheint,

hiedurch unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses des Neumünsterschen Amthauses vom 22. October v. J. zum Bescheide ertheilt:

daß Supplicant wegen Contravention gegen eine zur Vorbeugung resp. Ausrottung der Lungenseuche erlassene polizeiliche Anordnung in eine binnen 4 Wochen ab ins. an die Amtstube in Neumünster zu entrichtende Brüche von 10 ß R.-M., sowie in die Untersuchungskosten, so weit er des Vermögens, zu verurtheilen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 23. Febr. 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

16. Stück. — Den 18. April 1864.

Entscheidungen.

Ein Erwerb der Servituten durch Verjährung findet auch dann statt, wenn der Erwerber in der irrthümlichen Meinung, sein Eigenthum auszuüben, gehandelt hat. — Derselbe setzt nicht voraus, daß der Handelnde eine bestimmte Ansicht darüber gewonnen hat, daß ihm das Recht zu der Handlung zustehe.

In Sachen des Gutsbesitzers Reimers zu Tangstedt, Klägers, Producten und Deducten, jetzt Appellanten,

wider

den Hufenbesitzer Schmidt zu Trillup, Beklagten, Producenten und Deducenten, jetzt Appellaten,

pplter. in peto. angeblicher Gerechtsame am gutsherrlichen Schreiberteich s. w. d. a. in reprob., jetzt Appellation gegen das gutsherrliche Erkenntniß vom 12./17. Februar d. J.,

ergeben die Acten:

Dem Beklagten ist mittelst rechtskräftigen Interlocuts zu beweisen auferlegt worden:

daß er und seine Besitzvorweser in der Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen, event. seit unvordenklichen Zeiten, den Schreiberteich zur Weide und zur Streu- und Futtergewinnung benutzt haben.

Diesen Beweis hat Beklagter durch Denominirung von 5 Zeugen und Producirung von Urkunden, sowie event. durch Eidesdelation über den ersten und zweiten Beweissatz angetreten. Der Kläger hat seinerseits zur Führung des Gegenbeweises ebenfalls Zeugen denominirt und Urkunden producirt, auch über verschiedene Beweisartikel dem Gegner den Schiedseid deferirt und nach demnächst über das Resultat der Beweis- und Gegenbeweisaufnahme stattgehabter Deductionsverhandlung hat das Tangstedter Justitiariat unterm 12./17. Februar erkannt:*)

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, was zunächst den Beweis der ordentlichen Ersitzung betrifft, daß allerdings das Beweisthema dahin formulirt ist, daß Beklagter und seine Besitzvorweser den Teich in der Ersitzungszeit zur Weide und zur Streu- und Futtergewinnung benutzt hätten, woraus vom Kläger gefolgert ist, daß das Ende der Verjährungszeit nothwendig in die Besitzzeit des Beklagten fallen müsse, daß jedoch ein wenn auch rechtskräftiges Beweisurtheil wie jedes andere Urtheil einer angemessenen Auslegung unterliegt und es genügen muß, wenn die Verjährung in irgend einem Zeitraum vor der im Sommer 1857 stattgefundenen Besitzhandlung, welche die Veranlassung zu dem vorliegenden Rechtsstreit gegeben hat, vollendet worden, da es ja wesentlich nur darauf ankommt, ob überhaupt die qu. Servitut für die s. g. Kohmann'sche Stelle erworben ist und letztere Auffassung auch allein den von dem Beklagten in seiner Exceptionsschrift gebrauchten Worten: „daß seit Menschengedenken, also jedenfalls während der Sächsischen Verjährungsfrist, der qu. Teichgrund von dem Beklagten resp. dessen Vorgängern im Besitze der Kohmann'schen Stelle alljährlich gemäht und beweidet worden ist," entspricht;

in fernerer Erwägung, daß nach der Natur der streitigen Servitut und mit Rücksicht auf die bezeugte Sterilität des qu. Ländstücks es für die Er-

Digitized by Google

daß Beklagter das, was ihm nach dem Interlocut zu beweisen auferlegt worden, wie Rechtens bewiesen habe, Kläger daher mit seiner Klage abund zur Ruhe zu verweisen, auch schuldig sei, dem Beklagten die verursachten Proceßkosten, soweit darüber nicht rechtskräftig erkannt worden, binnen 6 Wochen zu erstatten.

---

sitzung der Servitut nicht als erforderlich angesehen werden kann, daß jährlich jede der drei Arten der Benutzung, nämlich das Weiden, die Streugewinnung und die Futtergewinnung, vorgekommen sei, sondern es nur darauf ankommt, ob die Besitzer der Kohmann'schen Stelle den Graswuchs dort, sei es in der einen oder der anderen Weise, benutzt haben, daß es dagegen für die Ersitzung der Servitut, weil diese jährlich ausgeübt werden kann und bei einem geregelten landwirthschaftlichen Betrieb ausgeübt werden muß, Voraussetzung ist, daß sie ununterbrochen alle Jahr ausgeübt worden ist;

in Erwägung ferner, daß nach der Aussage des test. reprob. 1 (des alten Kohmann) der Teich in den Jahren von 1818 bis 1820 von der Gutsherrschaft als Fischteich benutzt ist und somit, da eine gleichzeitige Ausübung der Servitut nicht möglich ist, wenn auch gedachter Kohmann damals das Gras am Rande des Teichs für sich benutzt hat, die Ersitzungszeit erst nach der Zeit, wo der Schreiberteich als Fischteich benutzt worden ist, ihren Anfang nehmen kann;

in Erwägung sodann, daß, was den Hauptbeweis betrifft, das thema probandum in seinem ganzen Umfange von dem Zeugen 1 bezeugt wird, daß außerdem die jährliche Benutzung des Schreiberteichs Seitens des alten Kohmann durch diesen selbst, die Benutzung zur Zeit des jungen Kohmann und seiner Wittwe durch Zeugen 4, zur Zeit des Lübcke durch Zeugen 2, zur Zeit des Boisen und des Beklagten durch Zeugen 2 und 4 bezeugt wird und, da auch der Zeuge 4, obgleich derselbe nach seiner Confirmation sich meistens bei fremden Leuten aufgehalten hat, die Art und Weise, wie der Schreiberteich benutzt ist, hat wahrnehmen können, als glaubwürdiger Zeuge anzusehen ist, somit für die ganze Ersitzungszeit die jährliche Benutzung des Grundstücks Seitens der Besitzer der Kohmann'schen Stelle durch je zwei Zeugen bezeugt ist, außerdem auch der Gesammteindruck der Zeugendeposition, abgesehen von einzelnen Widersprüchen, welche theils dadurch, daß die Aussagen sich theilweise auf lange vergangene Zeiten beziehen, theils durch die Beschaffenheit der Fragstücke hervorgerufen sein mögen, ein für die Beweisführung sehr günstiger ist;

in Erwägung daher, daß, da auch nicht, wie in der Contradeductionsschrift behauptet worden, durch den Ankauf der Kohmann'schen Stelle Seitens des Trilluper Besitzers Lübcke und die spätere Bewirthschaftung der ersteren Stelle von der Trilluper Stelle aus eine Veränderung in dem Subject der Servitut und folgeweise eine Unterbrechung der Ersitzung stattgefunden hat, sondern die späteren Besitzer der Trilluper Stelle unzweifelhaft den Schreiberteich nach seiner Lage inmitten der Kohmann'schen Ländereien und nach den bisherigen Verhältnissen wegen ihres Eigenthums an der Kohmann'schen Stelle benutzt haben, wobei es irrelevant ist, daß derselbe außerdem für das Trilluper Vieh benutzt ist, hiernach der Hauptbeweis als vollständig geführt anzusehen ist;

in Erwägung ferner, daß von den Gegenbeweismitteln allein die Aussage des test. reprob. 2, daß er während seines zweijährigen Besitzes von 1850 bis 1852 die Benutzung des Schreiberteichs als eine Vergünstigung der Gutsherrschaft angesehen habe, in Betracht gezogen werde;

in Erwägung jedoch, daß es zuvörderst zweifelhaft ist, ob überhaupt die Besitzzeit des Boisen vom August 1852 an in Betracht kommt, weil nämlich der test. reprob. 1 auf die vorgelegte Frage, ob es nicht im Jahre 1818 bis Frühjahr 1819 gewesen sei, als Fische in den Teich gesetzt worden, erwidert: es möge in den Jahren 1818 bis 1820 gewesen sein,

art. reprob. 10 int. 1,

und diese Antwort die Annahme nicht gradezu ausschließt, daß die Benutzung zum Fischteich im Frühjahr 1819 aufgehört habe, woraus denn folgen würde, daß die Ersitzung im Frühjahr 1819 angefangen und folglich vor dem 19. August 1852 schon beendigt gewesen wäre, daß aber auch, wenn die Ersitzungszeit erst vom Jahre 1820 angerechnet würde, also noch in die Besitzzeit des Boisen fiele, dennoch aus der Aussage des test. reprob. 2 (Boisen) nicht nothwendig zu entnehmen ist, daß Zeuge das bestimmte Bewußtsein gehabt habe, daß er die qu. Servitut precario ausübe, da er sich einestheils nicht sonderlich um den Rechtsgrund bekümmert hat, auch nicht speciell um die Erlaubniß, den Graswuchs im Schreiberteich benutzen zu dürfen, gebeten hat, anderntheils die gemeinte Vergünstigung sich auf die vollständige Benutzung des Grund und Bodens,

Digitized by Google

Gegen dies Erkenntniß hat Kläger das Rechtsmittel der Appellation ergriffen und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr dahin erkannt worden, daß der dem Beklagten durch Interlocut vom 16. Juni 1860 auferlegte Beweis für wie Rechtens nicht erbracht zu achten, Beklagter daher schuldig, sich jeder Benutzung des klägerischen Schreiberteichs und aller Eingriffe in das klägerische Eigenthumsrecht, namentlich des Weidens, Futter- und Streumähens in gedachtem Teich gänzlich zu enthalten, auch die dem Kläger angeursachten Schäden und Nachtheile, salva liquidatione, so wie die Proceßkosten, soweit nicht darüber bereits rechtskräftig entschieden worden, zu erstatten, event.

2) daß erkannt, wie geschehen, und nicht dagegen in Ansehung der Futter- und Streugewinnung der dem Beklagten durch Interlocut vom 16. Juni auferlegte Beweis für wie Rechtens nicht geführt erachtet und daher dem Klagpetito gemäß erkannt, sowie in Betreff der Weidebenutzung auf einen richterlichen Notheid erkannt, namentlich solcher rücksichtlich des Umstandes, daß sie in der Absicht geschehen, ein der Kohmann'schen Stelle zuständiges Recht zu üben oder als ein solches Recht geübt worden, dem Kläger, event. dem Beklagten zuerkannt ist; event.

daß nicht auch hinsichtlich der Benutzung des Teichs zur Futter- und Streugewinnung ein richterlicher Notheid erkannt worden; in omnem eventum

3) daß nicht mindestens die Proceßkosten compensirt sind.

Es steht demnach zur Frage: ob diese Beschwerden für begründet zu erachten sind?

In Erwägung nun, daß zwar das Beweisurtheil bei richtiger Auslegung desselben es dem Beklagten nicht zur Aufgabe macht darzuthun, daß die Verjährung während der Besitzzeit desselben zur Vollendung gekommen, daß aber andererseits einer Berücksichtigung der Besitzzeit des Beklagten nicht der Umstand entgegensteht, daß er sich anfänglich für den Eigenthümer des Schreiberteiches angesehen hat, indem die gesetzlichen Vorschriften nicht einen gerade speciell auf den Erwerb einer Servitut gerichteten animus als Voraussetzung für die Ersitzung fordern, vielmehr nur verlangen, daß, wer eine Servitut erwerben wolle, solche in der Meinung eines ihm zustehenden Rechts geübt haben müsse,

cf. L. 25 D. quemadmodum serv. amitt. (8. 6),
L. 7 D. de itinere actuque priv. (43, 19),
L. 1 § 1 D. de aqua quot. (43, 20),

und daher auch der irrthümlich über die Absicht der Ausübung einer Servitut hinausgehende animus dominii zu einem Erwerb der Servitut durch Ersitzung dienen kann,

vergl. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. VII. N. 154 und VIII. N. 292;

in Erwägung, daß nach den sich gegenseitig ergänzenden und unterstützenden Aussagen der Beweiszeugen, deren Angaben überdies auch noch durch die Depositionen des Gegenbeweiszeugen 1 bestätigt worden, es unzweifelhaft als vollständig erwiesen anzusehen ist, daß der Beklagte und seine Vorbesitzer in einem über die Verjährungszeit hinausreichenden Zeitraum den Graswuchs beliebig, sei es zur Weide oder zur Streu- und Fütterungsgewinnung, benutzt haben, und es unter diesen Umständen nicht darauf ankommen

---

wie sie ihm als künftigen Erbpächter zustehen würde, bezieht, daß daher dieser einzelnen und unbestimmten Aussage, welche in der übrigen Gegenbeweisführung durchaus keine Unterstützung findet, eine solche Relevanz nicht beigemessen werden kann, daß sie den vollständig geführten Hauptbeweis um ein Wesentliches schwächen könne;

in Erwägung ferner, daß auf die als Nachtrag zum Gegenbeweise eingereichten Artikel schon deshalb keine weitere Rücksicht zu nehmen ist, weil dieselben sich auf die hier nicht in Betracht kommende Besitzzeit des Beklagten beziehen;

in Erwägung schließlich, daß es bei dergestalt gewürdigtem Beweise der ordentlichen Verjährung auf den Beweis der unvordenklichen Verjährung, für welchen übrigens in der Beweisführung nichts Relevantes vorgebracht ist, nicht weiter ankommen kann.

Digitized by Google

kann, ob das fragliche Areal alljährlich außer zur Viehweide auch zur Streu- und Fütterungsgewinnung benutzt worden ist;

in Erwägung, daß es demnach sich weiter nur noch darum wird handeln können, ob der geführte Beweis durch den unternommenen Gegenbeweis entkräftet worden, in welcher Beziehung bei der Irrelevanz der Beweisartikel, über welche dem Beklagten der Schiedseid deferirt worden ist, nur die Aussagen des Reprobatorialzeugen 2 in Berücksichtigung kommen kann, da die Angaben der übrigen Gegenbeweiszeugen keine relevante Momente ergeben;

in Erwägung, daß der Reprobatorialzeuge 2, welcher während der Zeit, daß er die jetzt dem Beklagten gehörige Landstelle in Besitz gehabt, zur Verbesserung der Wiese Erdarbeiten auf dem Schreiberteich hat vornehmen lassen, sich vorher aber an den derzeitigen Verwalter Völkers auf Tangstedt mit der Bitte gewandt, es bei der Gutsherrschaft zu befürworten, daß ihm der Schreiberteich in Erbpacht gegeben werde, und bei dieser Gelegenheit von dem genannten Verwalter, von dem der Plan der Erbpacht ausgegangen sein soll, die Erklärung will entgegengenommen haben, er könne und möge inzwischen mit dem Schreiberteich schalten und walten, wie er wolle, den Art. 29: „Wahr aber, daß Zeuge bei der ferneren Benutzung des Schreiberteichs das Bewußtsein hatte, daß sie nur eine Vergünstigung von Seiten der Gutsherrschaft sei", mit „Ja" beantwortet und ferner auf den Art. 30: „Wahr auch, daß Zeuge niemals den Schreiberteich in der Meinung hat ausmähen und beweiden lassen, dazu als Besitzer der Kohmannsstelle ein Servitutrecht zu haben oder in dem animus dadurch eine dieser zuständiger Servitut zu üben", zur Antwort ertheilt hat: „Dies sei nie geschehen, da er eben von jeher die Ansicht gehabt, daß der fragliche Teich nicht zur Kohmann'schen Stelle gehört habe," daß jedoch nach den Aussagen desselben Zeugen die Verhandlungen, die zwischen ihm und dem Verwalter des Guts Tangstedt stattgehabt, sich nur bezogen haben auf die auf dem Areal des Schreiberteichs vorgenommenen Erdarbeiten und daß, gleich wie aus dem Zusammenhang sich ergiebt, daß die bejahende Antwort zum Art. 29 zu beziehen ist auf die erhaltene Erlaubniß zur Vornahme von Erdarbeiten, so auch die Antwort zum Art. 30 insofern einen innern Widerspruch unverkennbar hervortreten läßt, als der Umstand, daß er sich nicht selbst, sondern den Besitzer des Gutes Tangstedt für den Eigenthümer des Schreiberteichs gehalten, ja offenbar völlig bedeutungslos ist für die Frage, ob das Beweiden und Abmähenlassen des Schreiberteiches mit dem Bewußtsein, dadurch eine Servitut auszuüben, geschehen ist, daß aber überdies auch aus den Erklärungen des Zeugen ad int. spec. 5 ad art. 25 und int. spec. 1 ad art. 30 erhellt, daß er, als er Besitzer der früher Kohmann'schen Stelle geworden, die bis dahin stattgehabte Nutzung des Schreiberteichs fortgesetzt hat, ohne sich um den Rechtstitel zu bekümmern und ohne weiter darüber nachzudenken, ob ihm in seiner Eigenschaft als Besitzer der Stelle ein Nutzungsrecht an dem Schreiberteich zustehe oder nicht;

in Erwägung, daß demnach den Aussagen dieses Zeugen zufolge kein genügender Grund für die Annahme einer während seiner Besitzzeit erfolgten Unterbrechung der Ersitzung vorliegt, indem äußere Umstände, welche seinen fortgesetzten Besitzhandlungen einen vitiösen die Verjährung unterbrechenden Character hätten verleihen können, nicht eingetreten sind und der Umstand, daß er das von seinen Vorbesitzern ausgeübte Nutzungsrecht in der bisherigen Weise hat ausüben lassen, ohne sich um den Rechtstitel zu bekümmern und ohne darüber nachzudenken, ob und welches Recht ihm zustehe, eine Unterbrechung der Verjährung um so weniger hat herbeiführen können, weil die Ersitzung einer Servitut nicht voraussetzt, daß der Handelnde eine bestimmte Ansicht darüber gewonnen hat, daß ihm das Recht zu der Handlung zustehet;

in schließlicher Erwägung, daß sich sonach sämmtliche Beschwerden als unbegründet darstellen,

wird nach auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten stattgehabter Verhandlung hiemittelst von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

daß die sententia a qua pure zu confirmiren, Appellant auch schuldig sei, dem Appellaten die durch die eingelegte Appellation verursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

Digitized by Google

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 7. December 1863.

Statthaftigkeit der Eidesleistung über die Fähigkeit eines Dritten zur Bewirthschaftung einer Landstelle.

In Sachen des Käthners J. M. Hagen in Kaköhl, Klägers, Producenten, jetzt Supplicanten,

wider

den Hufner Cl. Griebel und den Halbhufner A. Lange daselbst, als Executoren der von dem wailand Hufner Cl. Fr. Schröder ebendort hinterlassenen letztwilligen Disposition, Beklagte, Producten, jetzt Supplicaten,

hauptsächlich wegen Herausgabe der von dem wailand Hufner Schröder hinterlassenen Immobilien s. w. d. a., daher Beweis, jetzt Supplication wider den Bescheid des Justitiariats des adel. Guts Futterkamp vom 7./9. October v. J.,

ergeben die Acten:

Durch Erkenntniß des Futterkamper Justitiariats vom 9. November 1860 ist dem Kläger der Beweis auferlegt worden:

daß sein verstorbener Bruder Pasch Friedrich Hagen II. zur Zeit der ihm deferirten Successsion in das Fideicommiß, also beim Tode seines Vaters, zur Bewirthschaftung des Claus Friedrich Schröder'schen Fideicommißgewefes unfähig gewesen sei.

Diesen Beweis trat er hauptsächlich durch Zeugen und Urkunden, eventuell dadurch an, daß er den Beklagten über die Negative des Beweisthemas den Schiedseid zuschob.

In ihrer hierüber eingezogenen Erklärung suchten diese die Eideszuschiebung als unzuläßig darzustellen, weil sowohl nach gemeinrechtlicher Doctrin wie nach vaterländischer Praxis der Schiedseid nur über reine Thatsachen deferirt werden dürfe, nach Inhalt des Beweissatzes aber nicht eine reine Thatsache zum Beweise verstellt, sondern ein Urtheil über einen Zustand und über Eigenschaften des P. F. Hagen anheimgegeben sei, welche nicht äußerlich in die Sinne fielen, sondern deren Erkennen erst durch eine Reflexion nach bestimmten Regeln ermöglicht werden könnte, eventuell erklärten sie, den zugeschobenen Eid als Glaubenseid anzunehmen.

Der Kläger bemerkte dagegen, es stehe allerdings keine einfache, sondern eine zusammengesetzte Thatsache zur Frage, die Thatsache der Unfähigkeit könne eine Mehrheit von Voraussetzungen haben und habe sie in concreto wirklich, wie die Behauptungen der Klage ergäben. Dadurch aber, daß eine Mehrheit von Thatsachen unter einer Bezeichnung zusammengefaßt sei, werde der Character des Thatsächlichen nicht alterirt und es könne die Eidesleistung über das Beweisthema nicht als unzuläßig angesehen werden, da es sich bei derselben nicht um Zustände und Thatsachen handle, welche erst durch eine wissenschaftliche, künstliche oder sachverständige Untersuchung festgestellt werden müßten, sondern um solche, deren Vorhandensein sinnlich wahrnehmbar, und deren Verständniß jedem verständigen Menschen zugänglich sei. Eventuell sei aber die Zerlegung des Beweisthemas in einzelne Theile unbedingt als zuläßig anerkannt, für diese werde aber der Zeitpunkt nur dann gekommen sein, wenn der vom Kläger unternommene hauptsächliche Beweis mißlingen würde. Als solche Thatsachen, über welche in diesem Fall der Eid zu leisten, bringe er in Vorschlag:

daß es nicht wahr sei, daß P. F. Hagen II. zur Zeit der ihm deferirten Successsion in das Schröder'sche Fideicommiß liederlich und verschwenderisch und ein gewohnheitsmäßiger Säufer gewesen sei, und

daß es nicht wahr sei, daß derselbe in diesem Zustande die Bewirthschaftung seines Gewefes gänzlich vernachläßigt und sich um selbige gar nicht bekümmert habe.

Dabei ward von dem Kläger gegen die Zulaßung eines Glaubenseides protestirt, weil es sich um Thatsachen handle, die von den Beklagten persönlich wahrgenommen seien.

Digitized by Google

Nachdem nun noch die Beklagten in einer schließlichen Erklärung die geschehene Eideszuschiebung, davon ausgehend, daß eine Eidesleistung nur über einfache mit den Sinnen wahrnehmbare Thatsachen geschehen dürfe, wiederholt als unzulässig darzustellen gesucht und gegen die Zerlegung des Eidesthemas in Artikel protestirt hatten, weil solche nach abgelaufener Beweisfrist geschehen sei, ist von dem Justitiariat unterm 7. October v. J. erkannt worden:*)

daß die von dem Kläger und Producenten unternommene Zuschiebung des Schiedseides als unzulässig zu verwerfen, selbiger auch schuldig sei, dem Beklagten und Producten die Kosten des über den Incidentstreit stattgehabten Schriftwechsels, e. d. e. m. s., binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Gegen dies Erkenntniß hat der Kläger hieher supplicirt und sich darüber beschwert:

1) daß erkannt, wie geschehen, und die Eideszuschiebung, maaßen dieselbe geschehen, nicht für zulässig erachtet worden;
2) daß die von ihm zur Hand genommene Zerlegung des Beweisthemas in seine thatsächlichen Bestandtheile als nicht tempestive geschehen erachtet worden.

Nach eingezogener Erklärung des Gegentheils steht zur Frage, ob diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß die Unfähigkeit einer bestimmten Person zur Bewirthschaftung einer Landstelle allerdings keine einfache unmittelbar durch die Sinne wahrzunehmende Thatsache, sondern ein Zustand ist, dessen Vorhandensein auf dem Wege der Reflexion zu ermitteln, daß es aber nicht gerechtfertigt ist, die Benutzung des Eides auf derartige einfache Thatsachen zu beschränken und alle Reflexion dabei auszuschließen, wie dies zur Genüge anerkannt ist, wenn die vaterländische Praxis den Eid über die Größe eines zugefügten Schadens gestattet, die doch nicht durch einfache sinnliche Wahrnehmung, sondern nur durch Reflexion zu ermitteln ist;

in Erwägung, daß es vielmehr für die Beurtheilung der Zulässigkeit des Eides in jedem einzelnen Falle darauf ankommt, ob der Delat im Stande ist, sich über das zu Beschwörende ohne besondere wissenschaftliche oder technische Kenntnisse, deren Besitz ihm nicht zugemuthet werden kann, ein gegründetes Urtheil zu bilden;

in Erwägung, daß diese Voraussetzung nun im gegenwärtigen Falle vorhanden ist, da die Supplicaten beide Landwirthe und als solche ohne Zweifel zu einem Urtheile darüber befähigt sind, ob Jemand zur Bewirthschaftung einer Landstelle fähig oder unfähig sei,

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, die zur Hand genommene Eidesdelation anlangend, daß nach anerkannten processualischen Grundsätzen nur reine Thatsachen zur Eideshand gelegt werden dürfen, im vorliegenden Falle aber das thema probandum einen Zustand, nämlich die Fähigkeit einer Person zur Bewirthschaftung eines bäuerlichen Gewefes, betrifft, über welche nicht auf dem Wege einfacher sinnlicher Wahrnehmung, sondern nur vermittelst einer auf geeignete Erfahrungssätze gestützten lediglich der Geistesthätigkeit des Richters vorzubehaltenden Reflexion Gewißheit erlangt werden kann;

daß zwar beim künstlichen Beweise dem Beweisführer die Befugniß nicht abzusprechen ist, das aufgegebene Beweisthema in die nach seiner Ansicht darin enthaltenen thatsächlichen Bestandtheile zu zerlegen und zum Beweise dieser Bestandtheile oder Artikel sich der sonst zulässigen Beweismittel zu bedienen, von dieser Befugniß aber sofort bei der Beweisantretung Gebrauch gemacht werden muß, damit sowohl dem Producten Gelegenheit gegeben werde, sich über die Relevanz solcher Artikel auszusprechen, event. dieselbe einer Anfechtung zu unterziehen, als auch das richterliche Urtheil sich in den Stand gesetzt finde, nach etwa vorausgegangenem Schriftwechsel über jene Relevanz, d. h. darüber, ob die artikulirten Thatumstände für das Beweisthema durch Schlußfolgerung concludent sind oder nicht, eine Entscheidung abzugeben;

daß mithin, weil die Eideszuschiebung, maaßen dieselbe geschehen, nämlich dadurch, daß Producent in seiner Beweisantretungsschrift einfach die Negative des Beweisthemas der Producten zur Eideshand gelegt und der Letzteren Erklärung darüber verlangt hat, nicht für zulässig zu erachten, die Erörterung der Frage, ob der in eventum acceptirte Eid de veritate oder nur de credulitate abzuleisten gewesen sein würde, überflüssig erscheint.

Digitized by Google

da sie ferner in ihrer Stellung als Executoren des Schröder'schen Fideicommisses geradezu berufen waren, sich über die Fähigkeit des P. F. H. Hagen II. ein Urtheil zu bilden, auch in ihren Exceptionalien erklärt haben, daß sie mit diesem in demselben Dorfe gelebt und ihn gut gekannt hätten;

in Erwägung, daß daher die Supplicaten sich der Leistung des ihnen über das Beweisthema zugeschobenen Eides nicht entlegen können, dieser jedoch von ihnen, da es bei demselben um die nicht unmittelbar durch die Sinne wahrzunehmenden Eigenschaften eines Dritten sich handelt, nur de credulitate zu leisten ist,

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 31. December v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen, unter Beseitigung des angefochtenen Bescheides vom 7. October v. J. und Vergleichung der Kosten dieser Instanz, zum Bescheide ertheilt:

daß die Supplicaten schuldig seien, den von dem Supplicanten ihnen über das Beweisthema zugeschobenen Eid als Glaubenseid zu leisten, auch dem Supplicanten die durch den Incidentstreit in der Unterinstanz ihm angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 2. April 1864.

Ueber die Vergleichung der Proceßkosten in Rechtsstreitigkeiten naher Verwandter.

In Sachen des Altentheilers Peter Friedrich Ludwig Behn in Diedrichsdorf, Klägers und Supplicanten,

wider

die Ehefrau Florentine Krüger, geb. Behn, c. c. m. daselbst, Beklagte und Supplicatin,

ppltr. wegen Auslieferung des Nachlasses der weil. Ehefrau des Klägers, Marie Christine, geb. Kahl, s. w. d. a., jetzt Supplication gegen das Erkenntniß des Gerichts für das Amt Kiel vom 21./22. October v. J.,

ergeben die Acten:

Am 2. Mai 1859 verstarb die Ehefrau des Klägers im Hause ihrer Tochter, der Beklagten, worauf Ersterer gegen Letztere bei dem Kieler Amtsgerichte wegen Auslieferung des Nachlasses klagbar ward.

Die Beklagte räumte in ihren Exceptionalien ein, nach dem Tode ihrer Mutter einige derselben gehörige Sachen zu sich genommen zu haben, weil sie sich für die Nächste dazu gehalten und Kläger keine desfallsigen Ansprüche erhoben habe; behauptete aber, daß ein Theil der Nachlaßsachen von ihr an den Kläger zurückgeliefert, ein anderer Theil von ihr verbraucht worden, ein fernerer Theil von der Todtenfrau nach Landesgebrauch an sich genommen, ein weiterer Theil von ihr zur Bekleidung der Leiche verwandt worden sei, und daß die übrigen Sachen, die sie an sich genommen und im Besitz haben solle, weder von ihr an sich genommen, noch in ihrem Besitze vorhanden seien.

In seiner Replik gab der Kläger zu, daß die Beklagte einen Theil der durch die Klage zurückverlangten Sachen nach angestellter Klage an ihn zurückgeliefert und er diese unter Vorbehalt aller Rechte wegen der bereits erwachsenen Kosten und etwaigen Verschlechterung angenommen habe, auch daß verschiedene näher von ihm bezeichnete Sachen zur Bekleidung der Leiche seiner Frau verbraucht seien, während er im Uebrigen den Behauptungen der Exceptionsschrift widersprach.

Nach stattgehabter Dublik, in der keine neue thatsächliche Behauptungen vorkamen, legte das Amtsgericht am 13. Juli v. J. dem Kläger den Beweis auf:

daß die Beklagte von den im § 1 des Klaglibells verzeichneten Effecten noch gewisse (im Erkenntniß näher bezeichnete) Sachen in ihrem Besitz habe.

Kläger ließ in seiner Beweisantretung rücksichtlich derjenigen Sachen, welche von der Beklagten angeblich verbraucht worden, den ihm auferlegten Beweis fallen und deferirte im Uebrigen den Schiedseid, welchen die Beklagte acceptirte und demnächst ableistete.

Hierauf erkannte das Amtsgericht am 21. October v. J.:

Digitized by Google

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen, auch in sämmtliche angeursachte Proceßkosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu verurtheilen sei,

wogegen Kläger hieher supplicirt und sich darüber beschwert hat:

1) daß er zur Erstattung sämmtlicher Proceßkosten an die Supplicatin schuldig erkannt, und eventuell
2) daß nicht mindestens die Proceßkosten bis zum Beweisverfahren compensirt worden.

Da nun die erforderte Gegenerklärung der Supplicatin innerhalb der dafür vorgeschriebenen Frist nicht eingegangen ist, steht zur Frage: ob diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß in einem zwischen nahen Verwandten geführten Processe, wie es der vorliegende ist, die Proceßkosten zu vergleichen sind, daß zwar eine Ausnahme von dieser Regel eintritt, wenn die Entscheidung des Processes auf Grund eines geleisteten Schiedeseides erfolgt ist,

cf. Schl. Holst. Anz., 1853, S. 180,

daß aber dieser Grundsatz in dem vorliegenden Falle nicht zur Anwendung gebracht werden kann, wo der Rechtsstreit nicht in seiner Totalität durch die Leistung des Scheideseides, sondern daneben zum Theil durch ein Fallenlassen der Klage von Seiten des Klägers, zum Theil durch ein Nachgeben auf Seiten der Beklagten seine Erledigung gefunden hat, und demzufolge eine Vergleichung der in der Unterinstanz erwachsenen Kosten als gerechtfertigt erscheint;

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 6. November v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, zum Bescheide ertheilt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Kieler Amtsgerichts vom 21. October v. J. dahin abzuändern ist:

daß die in der Unterinstanz erwachsenen Kosten dieses Processes zu vergleichen sind.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 16. Februar 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

17. Stück. — Den 25. April 1864.

Entscheidungen.

Die Furcht vor einer in der gemietheten Wohnung herrschenden ansteckenden Krankheit berechtigt den Miether nicht zum Rücktritt vom Miethcontract.

Von dem Altonaer Magistrat ist am 17. December v. J. in Sachen des Hamburger Bürgers Firgau gegen den Kaufmann Schmidt in Altona nachstehendes Erkenntniß abgesprochen worden:

In Erwägung, daß die Parteien darüber einverstanden sind, daß Beklagter vom Kläger für den letztverflossenen Sommer eine Wohnung in Oevelgönne für 213⅓ ℛ R.-M. gemiethet, diese Wohnung aber nicht bezogen hat, weil die Kinder der in dem vermietheten Hause wohnenden Wittwe Poppe vom Scharlachfieber befallen waren und Beklagter für seine Familie die Ansteckung fürchtete;

in fernerer Erwägung, daß Kläger von dem Beklagten die Miethe für die Wohnung fordert, Beklagter aber sich zur Bezahlung der Miethe für nicht verpflichtet hält, weil die Furcht vor einer ansteckenden Krankheit den Miether berechtigen soll, von der Miethe zurückzutreten;

in Erwägung nun, das Beklagter sich auf die L. 27 § 1 D. locati beruft, nach welcher der Miether nicht verpflichtet ist, die Miethe zu bezahlen, wenn er eine Wohnung verlassen hat, weil er genügenden Grund hatte, eine Gefahr zu fürchten, daß aber die vorhergehende Gesetzesstelle in Verbindung mit anderen Gesetzen darüber keinem Zweifel Raum läßt, daß der Grund der Besorgniß des Miethers in der Beschaffenheit des Hauses liegen muß, daß aber die Gesetze nirgends die Furcht vor einer ansteckenden Krankheit als genügenden Grund bezeichnen, um eine gemiethete Wohnung nicht zu beziehen, und Glück, welcher in seinem Commentar, Band 17, S. 479, diese Meinung verficht, sich auf positive Gesetze nicht beruft, welche allein eine solche Ausnahme von der Regel rechtfertigen können, daß einmal abgeschlossene Verträge von den Contrahenten gehalten werden müssen,

wird von Bürgermeister und Rath hiedurch schließlich für Recht erkannt:

daß Beklagter schuldig sei, dem Kläger die schuldige Miethe mit 213⅓ ℛ R.-M. nebst Verzugszinsen à 5 % vom 2. v. M., als dem Tage der Klage, angerechnet, zu bezahlen und ihm die Proceßkosten, salva earum designatione et moderatione, zu erstatten.

Der Beklagte supplicirte hiergegen an das Holsteinische Obergericht, erhielt aber den folgenden abschlägigen Bescheid.

In Sachen des Obergerichtsadvocaten Alexander Schmidt, m. n. des Kaufmanns Jürgen Heinrich Schmidt in Altona, Beklagten und Supplicanten,

wider

den Obergerichtsadvocaten Stoppel, m. n. des Hamburgischen Bürgers Victor Firgau, Klägers und Supplicaten,

Digitized by Google

in peto. praet. deb. von Ct.ℛ 400, nun Altonaer Magistratserkenntniß vom 17. December v. J.,

wird, unter Bezugnahme auf die dem angefochtenen Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe und

in Erwägung, daß, wenn auch der Grund der Besorgniß des Miethers, welcher diesen nach der L. 27 § 1 D. loc. cond. zum Rücktritt von dem Miethcontracte berechtigt, nicht grade in der Beschaffenheit des gemietheten Hauses selbst liegen muß,

arg. L. 28 D. de damn. inf. und

L. 13 § 7 D. loc. cond.,

doch die Furcht vor einer ansteckenden Krankheit, wie sie im gegenwärtigen Falle vorgelegen hat, weder nach Gesetz noch nach der Praxis als eine justa causa timoris im Sinne der L. 27 cit. betrachtet werden kann,

dem Supplicanten auf seine sub praes. den 7. Januar d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 11. Februar 1864.

Criminalfälle.

Dolose Beschädigung fremden Eigenthums, zugleich über den Thatbestand der Brandstiftung nach Dithmarsischem Recht.

Der Armenalumne Claus Braack aus St. Michaelisdonn, gegen welchen von der Süderdithmarsischen Landvogtei eine Untersuchung wegen Brandstiftung geführt worden, ist am 28. December 1798 in Süderhastedt geboren. Ueber die Zeit bis zu seiner im Jahre 1814 zu St. Michaelisdonn geschehenen Confirmation liegen in den Untersuchungsacten keine Nachrichten vor. Nach derselben hat er zunächst bei verschiedenen Bauern, welche sämmtlich nicht mehr am Leben sind, gedient, dann aber, weil vor vielen Jahren in Folge schlagartiger Anfälle eine Lähmung der Zunge und des einen Beines bei ihm eingetreten, wodurch seine Sprache sehr schwer verständlich geworden und er am Gehen erheblich behindert ist, die Bauernarbeit aufgeben und sich als Schaafhirte vermiethen müssen, in welcher Eigenschaft er mehrere Jahre theils im Kirchspiel Albersdorf, theils im Gute Hanerau gedient hat. Nähere Nachrichten über seine Aufführung in diesen Dienstverhältnissen fehlen, einer seiner Dienstherren, der Abschieder Köster in Schaafstedt, hat ihn als störrig bezeichnet. Während er auf dem Vierthofe im Kirchspiel Albersdorf bei dem früheren Besitzer desselben Edelheim als Schaafhirte diente, gerieth die der Dorfschaft Albersdorf gehörige Schaafweide, der Viert, im Herbst 1857, wahrscheinlich in Folge absichtlicher Anzündung, in Brand. Das Gerücht bezeichnete damals den Inculpaten und einen vor Kurzem verstorbenen Schäfer Hinrichs in Albersdorf als die Thäter, welche die auf dem Viert wachsende Haide angezündet haben sollten, um ihren Schaafen eine bessere Weide zu verschaffen, es hat aber damals keine Untersuchung des Brandfalles stattgefunden und der Inculpat beschuldigt den Schäfer Hinrichs, den Brand verursacht zu haben.

Während des erwähnten Dienstes auf dem Vierthofe erkrankte der Inculpat und fiel von nun an dauernd der Unterstützung seiner Heimathscommüne, des Kirchspiels Albersdorf, anheim. Er ward zunächst 2½ Jahre lang bei dem Eingesessenen v. Thaden zu St. Michaelisdonn, dann 2 Jahre lang bei dem Eingesessenen Claus Schröder auf dem Donn untergebracht, welche beide ihn als störrig und eigensinnig schildern, aber für geistig gesund erklären. Weil das Armenwesen ihn etwas billiger unterbringen wollte, ward er vor ungefähr einem Jahre von dem Letztgenannten fortgenommen und bei dem Schuster Paulsen zu St. Michaelisdonn für einen Preußischen Thaler die Woche untergebracht. Hier scheint es ihm von Anfang an nicht gefallen zu haben, er behauptet, daß er nicht genug zu essen bekommen habe und daß ihm der Aufenthalt in der Stube verwehrt worden sei, welchen Beschuldigungen aber von dem Schuster Paulsen wi-

Digitized by Google

derſprochen wird, welcher den Inculpaten dabei als einen rechthaberiſchen und zu Gewaltthätigkeiten geneigten übrigens geiſtig vollkommen geſunden Menſchen bezeichnet. Die Abneigung des Inculpaten gegen den dortigen Aufenthalt ſteigerte ſich und er beſchloß zuletzt fortzugehen, welchen Entſchluß er am 9. April 1862 zur Ausführung brachte. Er giebt bald an, daß er zu einem Bruder in Hohenwöhrden, bald, daß er zu einem Schwager in Meldorf habe gehen wollen, es liegt aber die Vermuthung nahe, daß er nur hat ſich umhertreiben wollen, um ſo der Behörde in die Hände zu fallen und anderswo, als in St. Michaelisdonn, ein Unterkommen zu finden.

An dem Morgen des genannten Tages nun verließ Inculpat ſein Logis, legte ſein mitgenommenes Zeug bei einem Nachbarn auf der Diele nieder und ging über Barlt nach Barlterdeich, wurde aber gegen Abend von einer ſolchen Kraftloſigkeit befallen, daß er in der Nähe des Hauſes des dortigen Eingeſeſſenen Thieſſen auf der Chauſſee niederfiel. Thieſſen nahm ihn auf, verpflegte ihn und behielt ihn die Nacht bei ſich, worauf Inculpat am folgenden Morgen weiter ging. Er kam aber nur bis Buſenwurth, da ihn das Fieber befiel, hier legte er ſich, da er nicht weiter kommen konnte, Morgens gegen 9 Uhr auf dem Hofe des dortigen Eingeſeſſenen Boie Wichmann an einem dort gelagerten Strohhaufen nieder.

Inculpat giebt nun im erſten Verhör an: er möge dort wohl einige Stunden gelegen haben, als der Bauer gekommen ſei und ihm geſagt habe, er ſolle machen, daß er fortkomme, er wolle ihn dort nicht liegen haben. Der Bauer ſei dann wieder ins Haus gegangen, Inculpat aber neben dem Strohhümpel liegen geblieben, vielleicht eine halbe Stunde. Weil er nicht weiter gekonnt und ſich nicht zu helfen gewußt, habe er dann mit Reibhölzern, die er bei ſich geführt, den Strohhümpel in Brand geſteckt. Das Stroh, welches trocken geweſen, habe tüchtig gebrannt und das Feuer ſich dann nach einem etwa 10 Fuß von da lagernden Vierruthenberg weiter verbreitet. Das Wohnhaus ſei von dieſem Vierruthenberg einige Ruthen entfernt. Inculpat habe es gethan, weil er nicht weiter habe kommen können; er habe auch dem Bauer, weil er ihn fortgewieſen, einen Schaden zufügen wollen. Daß das Haus dabei nicht abbrennen werde, habe er vorausſetzen können, da der Wind nicht danach geweſen ſei; daß es mit abbrennen ſolle, ſei nicht ſeine Abſicht geweſen.

Mit den Angaben des Inculpaten über die Vorgänge vor der That ſtimmt die Depoſition des Eingeſeſſenen Boje Wichmann nicht ganz überein. Dieſer ſagt aus: er habe an dem fraglichen Tage Morgens gegen 9 Uhr geſehen, wie ein ihm fremder Mann, als welchen er den Inculpaten recognoscirt hat, auf ſeine Hofſtelle zugegangen ſei und ſich dann auf derſelben bei einem Strohhümpel niedergelegt habe. Der Mann habe dort bis gegen 11½ Uhr unbehelligt gelegen. Um dieſe Zeit ſei der Zeuge hingegangen und habe mit ihm geſprochen, worauf er erklärt habe, daß er krank ſei. Zeuge habe ihm entgegnet, wenn er krank ſei, wolle er zum Bauerſchaftsgevollmächtigten ſenden, damit der einen Wagen ſchicke, kranke Leute könne man ja nicht liegen laſſen. Der Mann habe ihn gefragt, ob er nicht in der Scheune liegen dürfe, worauf Zeuge erwidert habe: er läge beſſer beim Hümpel als in der Scheune, er, Zeuge, wolle jetzt erſt eſſen und dann wiederkommen; wenn er es dann nicht beſſer hätte, wolle er einen Wagen requiriren. Der Zeuge behauptet dabei beſtimmt, den Inculpaten nicht vom Hofplatz gewieſen zu haben; er habe im Gegentheil, weil er ihm ſo elend geſchienen, Mitleid mit ihm gehabt und ihm kein übles Wort geſagt.

Der Inculpat iſt auch bei der ſtattgehabten Confrontation mit Wichmann bei ſeiner Behauptung, daß dieſer ihn von der Hofſtelle fortgewieſen habe, verblieben, wobei er noch hinzufügt, daß er von ihm mit Arretirung bedroht worden ſei, hat jedoch eingeräumt, daß er gegen den Tagelöhner Möller aus Buſenwurth, welcher ihn nach ſeiner Arretirung nach Meldorf transportirte, wie von dieſem angegeben iſt, ſich dahin geäußert habe, er habe es gethan, weil Wichmann ihn nicht in ſeiner Scheune habe haben wollen.

In einem ſchließlichen Verhör hat der Inculpat ſich auf wiederholtes Befragen nach ſeinem Motiv dahin ausgeſprochen, er ſei krank geweſen und habe nicht weiter kommen können, der Mann habe ihn da ja nicht liegen haben wollen und in der Scheune habe

Digitized by Google

er auch nicht liegen sollen, böse sei er nicht auf den Mann gewesen, einen Schaden habe er ihm nicht zufügen wollen. Er habe gehofft, wenn er das thäte, werde er arretirt werden, dann hätte er ja Unterkommen und was zu essen. Der Bauer habe ihm gesagt, wenn er wieder herauskäme, wolle er ihn arretiren lassen. Inculpat habe gefürchtet, dann wieder nach Donn gebracht zu werden, wohin er nicht gewollt habe.

Was die That selbst betrifft, findet das Geständniß des Inculpaten eine völlige Bestätigung in der Deposition des Arbeitsmannes Ohland in Barlt, welcher Augenzeuge derselben gewesen ist. Dieser giebt an, er habe von der Chaussee aus auf einer Hofstelle einen Menschen vor einem Strohhümpel in den Knieen liegen sehen, damit beschäftigt, den Strohhümpel mit einem Reibhölzchen anzuzünden. Zeuge habe darauf den Strohhümpel Feuer fangen sehen, er habe dem Manne zugerufen, was er da mache, wie er den Strohhümpel in Brand stecken könne, worauf dieser gesagt habe, er wolle sich wärmen. Der Mann sei dann von der Hofstelle nach der Chaussee gegangen, worauf Zeuge seine Anhaltung durch die inzwischen hinzugekommenen Leute veranlaßt habe. Der Arbeitsmann Ohland hat den Inculpaten als denjenigen, der den Strohhümpel in Brand gesteckt habe, recognoscirt, dieser erinnert dagegen nicht, gegen ihn die Aeußerung, daß er sich habe wärmen wollen, gethan zu haben

Die Aussagen der über den Brandfall vernommenen Zeugen bestätigen, daß das Feuer in dem Strohhümpel zum Ausbruch gekommen ist, während man sich in dem Boje Wichmann'schen Hause beim Mittagsessen befand. Die Versuche, es zu löschen, waren vergeblich. Es erfaßte einen nach Angabe des Wichmann ca. 8 Fuß von dem Strohhümpel entfernten Vierruthenberg, in welchem etwas Stroh gelagert und ein Paar Wagen untergestellt waren. Die Wagen wurden herausgezogen und gerettet, der Vierruthenberg selbst und ein daneben gelagerter Heuhümpel dagegen verbrannten. Wichmann schätzt seinen gesammten Verlust auf ungefähr 200 ℛ Cour. Von seinen Gebäuden, einer 2 Ruthen von dem Vierruthenberg entfernt stehenden Scheune und dem etwa 5—6 Ruthen entfernten Hause, stand der Wind ab, so daß für diese keine Gefahr vorhanden war. Dagegen schwebte das etwa 6—8 Ruthen von dem Vierruthenberg entfernt gelegene Nachbarhaus des Eingesessenen Peter Matthias Wichmann in Folge der auf das Strohdach fliegenden Funken, welche dieses stellenweise zum Glimmen brachten, in Gefahr; da aber Hülfe zur Hand war, wurde verhütet, daß das Dach in Flammen gerieth. Der bei dieser Gelegenheit an dem Dach entstandene Schaden ist auf 25 ℛ R.-M. geschätzt worden.

Für die rechtliche Beurtheilung des Verbrechens des Inculpaten ist zunächst nach dem bisher Bemerkten seine That in objectiver und subjectiver Beziehung vollkommen constatirt; es kann namentlich der Widerspruch seiner Aussage über die nächste Veranlassung zu derselben und der Angaben des Eingesessenen Wichmann nicht weiter in Betracht kommen, da es ziemlich gleichgültig ist, ob der Inculpat dadurch, daß Wichmann ihn von seiner Hofstelle wegwies, was bei dem Leugnen dieses letzteren nicht erwiesen ist, oder dadurch, daß dieser dem fieberkranken Inculpaten den gewünschten Aufenthalt in seiner Scheune verweigerte, mit zum Verbrechen bestimmt worden ist. Jedenfalls nämlich ist die dadurch offenbar entstandene Gereiztheit des Inculpaten, welche er Anfangs selbst behauptet, später ohne hinreichenden Grund in Abrede stellen will, zwar ein Beweggrund, aber nicht der einzige Beweggrund zur Begehung des Verbrechens gewesen, es hat eben so sehr, wie dies auch die eigenen Angaben des Inculpaten ergeben, und vielleicht noch mehr die Furcht, daß Wichmann ihn, wie er bereits angekündigt hatte, transportiren d. h. nach seiner Heimath werde zurückbringen lassen, und die Absicht, sich diesem Transport dadurch zu entziehen, daß er den Strohhaufen anzünde und in Folge dessen der Behörde in die Hände falle, ihn zum Verbrechen bestimmt.

Auch die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit des Inculpaten kann nach den vorliegenden Untersuchungsresultaten kein Bedenken veranlassen. Freilich bemerkt die Südermelderfer Kirchspielvogtei in ihrem bei Ueberlieferung des Inculpaten an die Landvogtei erstatteten Bericht, daß es ihr fast scheinen wolle, als wenn er unzurechnungsfähig sei, und am Schlusse des ersten Verhörs vor der Landvogtei findet sich die Registraturbemerkung, daß der Arrestat eine kaum ver-

Digitized by Google

ständliche Sprache führe und augenscheinlich an Schwachsinnigkeit leide; die Antworten über seine Absichten und Motive hätten nur durch Suggestivfragen erzielt werden können und es sei dem Gerichte zweifelhaft geblieben, ob diese Ansichten wirklich mit den An- und Absichten des Arrestaten harmonirten. Dieser erste Eindruck ist aber, wie die Landvogtei in ihrem Schlußberichte erklärt, im Verlauf der Untersuchung immer mehr zurückgetreten und es hat das vorläufige Urtheil des Gerichts sich wesentlich auf die Schwerfälligkeit der Sprache des Inculpaten gegründet, welche namentlich zuerst eine Verständigung so wie eine eingehende Unterredung mit ihm sehr erschwert hat. Alle im Lauf der Untersuchung vernommenen Personen aber, welche den Inculpaten aus dem Verkehr mit ihm aus den letzten Jahren gekannt haben, erklären ihn für geistig vollkommen gesund, während sie ihn fast übereinstimmend als eigensinnig, rechthaberisch und störrisch, so wie reizbar bezeichnen; und das Physicat, dessen Gutachten noch zum Ueberfluß eingezogen worden ist, spricht sich dahin aus, daß Inculpat zwar körperlich schwach, aber geistig gesund und in jeder Hinsicht zurechnungsfähig sei, wobei es bemerkt, er sei von Kindheit an mit guten Geistesgaben begabt gewesen, diese seien durch Schulunterricht und den Umgang mit Menschen möglichst gut ausgebildet und in seinem späteren Leben niemals getrübt worden. Er habe stets mit Vernunft und Bedacht gehandelt und es seien niemals Spuren von Geistesschwäche bei ihm wahrgenommen worden. Er solle jedoch sehr reizbaren und zornmüthigen Temperaments sein. Inculpat habe ein gutes Gedächtniß, habe oft lange und im logischen Zusammenhange erzählt und alle ihm vorgelegten Fragen präcise ohne langes Nachdenken mit völliger vernünftiger Ueberlegung und gesunder Urtheilskraft richtig beantwortet. Nur seine sehr schwere unarticulirte Sprache sei oft sehr hinderlich, ihn richtig zu verstehen. Er habe mit großem Vorbedacht den St. Michaelisdonn wegen seiner vermeintlich schlechten Behandlung von Seiten des Armenwesens verlassen, um zu betteln und ergriffen zu werden und dann in Meldorf ein besseres Unterkommen zu finden; als dies jedoch durch den Eintritt des Fiebers in Busenwurth verhindert worden, habe er mit der vernünftigsten Ueberlegung und mit Vorbedacht die Brandstiftung begangen, als das jetzt nur übrige Mittel, um dadurch arretirt und nach Meldorf gebracht zu werden. Nachdem nun sein Wunsch durch den Ausgang der wohlberechneten That erfüllt worden, habe er zwar dieselbe als schlechtes Mittel zur Erfüllung seines Wunsches bereut, freue sich jedoch sehr, daß dieser so leicht in Erfüllung gegangen sei.

Die Landvogtei wollte das Verbrechen des Inculpaten als Brandstiftung bestraft wissen (von welchem Gesichtspunkte aus sie die Erkennung einer zweijährigen Zuchthausstrafe in Vorschlag gebracht hat); das Obercriminalgericht ging indeß von einer andern rechtlichen Auffassung aus, indem es dasselbe als muthwillige Sachbeschädigung characterisirte. Es kann nämlich zwar nach gemeinem Rechte sehr zweifelhaft sein, wo die Grenze zwischen den Verbrechen der Brandstiftung und der Sachbeschädigung zu ziehen ist, aber in dem in concreto entscheidenden Dithmarscher Landrecht sind im Art. 123 Haus oder Hof, also fremde Gebäude, und daneben, wahrscheinlich im Hinblick auf den in der

L. 9 D. de incend.

erwähnten acervus frumenti juxta aedes positus, das Korn, welches Jemand in seinen Bergen stehen hätte, als Object der Brandstiftung bezeichnet worden. Mit diesem Korn ist, wie es scheint, dasjenige Korn gemeint, welches in der Nähe der Häuser in den s. g. Vierruthenbergen aufbewahrt zu werden pflegt, und dabei die Rücksicht leitend gewesen, daß durch die Anzündung desselben theils eines der wichtigsten Lebensbedürfnisse vernichtet, theils wegen der Nähe der Wohnungen, in welcher es lagert, eine Gefahr für diese herbeigeführt wird. Wenn nun auch bei der Anzündung eines Strohhaufens, wie sie vom Inculpaten vorgenommen worden, das letztere Moment vorhanden, so ist dies doch nicht hinsichtlich des ersten Momentes der Fall, und daher um so weniger Berechtigung, die Strafbestimmung des Dithmarscher Landrechtes auch auf den gegenwärtigen Fall zu beziehen, als überhaupt der ausdehnenden Auslegung der Strafgesetze Bedenken entgegen stehen.

Es konnte sich daher nur noch fragen, ob die Absicht des Inculpaten etwa weiter als auf die Anzündung des

Digitized by Google

Strohhaufens gegangen ist, so daß mit Rücksicht hierauf wenigstens von einer versuchten Brandstiftung die Rede sein könnte. Dabei bleibt der Brand des Vierruthenbergs außer Betracht, denn dieser kann, da er nach der Angabe des Wichmann kein Korn, sondern nur etwas Stroh und einige Wagen enthielt, ebensowenig wie der Strohhaufen das Object einer Brandstiftung abgeben, und das gleiche gilt von dem ebenfalls mitaufgebrannten Heuhümpel. Was aber die Gebäude betrifft, so behauptet der Inculpat mit Bestimmtheit, daß es nicht seine Absicht gewesen sei, daß die Wichmann'schen Gebäude vom Feuer hätten ergriffen werden sollen, was auch bei der damaligen Richtung des Windes nicht möglich gewesen sei; und die letztere Angabe des Inculpaten findet in der Aussage des Boje Wichmann ihre volle Bestätigung. Dagegen ist allerdings das benachbarte Haus des Peter Matthias Wichmann sehr gefährdet gewesen, aber es fehlt an aller Veranlassung zu der Annahme, daß Inculpat diese Gefährdung beabsichtigt und gewollt habe. Denn insofern eine gereizte Stimmung gegen Boje Wichmann ihn zum Verbrechen bestimmte, mußte es ihm natürlich fern liegen, das Haus eines unschuldigen Nachbaren anzünden zu wollen, und insofern er von der Absicht, seine Arretirung zu veranlassen, geleitet war, erreichte er diesen Zweck schon vollkommen durch die Anzündung des Strohhaufens, ohne daß es dazu für ihn der Anzündung eines Hauses bedurfte.

Wenn demzufolge dem Inculpaten weder eine vollendete noch auch eine versuchte Brandstiftung zur Last fiel, so war sein Verbrechen nur als eine muthwillige Sachbeschädigung zu characterisiren,

cf. Holst. Anzeigen, 1862, S. 14.

Die Strafe derselben ist eine arbitraire, als erschwerende Momente kamen im vorliegenden Fall neben der Verwerflichkeit des Motivs, welches wenigstens theilweise Rachsucht war und der durch die That bekundeten Gemeingefährlichkeit des Inculpaten, die Größe des angerichteten auf ca. 250 ℛ. v. Cour. veranschlagten Schadens, sowie namentlich die große Gefahr für das Eigenthum, welche durch sein Verbrechen noch weiter herbeigeführt war, in Betracht.

Diese Erwägungen waren für das Obercriminalgericht leitend, um eine einjährige Zuchthausstrafe über den Inculpaten zu verhängen, wie dies durch das nachstehende an die Landvogtei erlassene Reskript geschehen ist.

Von Obercriminalgerichtswegen

wird der Königl. Süderdithmarscher Landvogtei mit Beziehung auf deren Bericht vom 18. v. Mts., betreffend die wider den Armenalumnen Claus Braack aus St. Michaelisdonn wegen Brandstiftung geführten Untersuchung, und bei Wiederanschließung der eingesandten Untersuchungsacten hiedurch aufgegeben, dem Inculpaten das nachstehende Straferkenntniß zu publiciren und für dessen Vollstreckung Sorge zu tragen.

In Erwägung, daß der Inculpat seinem wiederholt abgelegten Geständniß zufolge aus Unzufriedenheit mit seiner von Seiten des Armenwesens vorgenommenen Unterbringung bei dem Schuster Paulsen zu St. Michaelisdonn am Morgen des 9. April d. J. sein Logis verlassen hat, um sich zu einem Bruder oder Schwager zu begeben, an diesem Tage aber wegen Ermattung nur bis Barlterdeich hat gelangen können, wo er die Nacht im Hause des Eingesessenen Thiessen zugebracht hat und am folgenden Morgen weiter gegangen ist; daß er darauf bei Busenwurth vom Fieber befallen worden ist und sich, da er nicht weiter hat kommen können, Morgens gegen 9 Uhr auf dem Hofe des dortigen Eingesessenen Boje Wichmann an einem dort gelagerten Strohhaufen niedergelegt hat; daß, nachdem er einige Stunden dort gelegen, der eben genannte Wichmann zu ihm gekommen ist, ihm seinen geäußerten Wunsch, in der Scheune liegen zu dürfen, nicht gewährt und den Transport in seine Heimath in Aussicht gestellt hat, daß darauf der Inculpat, nachdem Wichmann sich wieder entfernt, in der Hoffnung, auf solche Weise seine Arretirung herbeizuführen und dadurch sowohl ein Unterkommen zu finden wie auch dem Rücktransport zu entgehen, den Strohhaufen, an welchem er gelegen, mit Reibzündhölzern in Brand gesteckt hat, worauf nicht bloß dieser Strohhaufen, sondern auch ein nahe stehender Vierruthenberg, welcher etwas Stroh und mehrere Wagen enthalten hat, und ein Heuhaufen verbrannt sind;

Digitized by Google

in Erwägung, daß das Geständniß des Inculpaten in den anderweitigen Ermittlungen, namentlich in der Aussage des Arbeitsmannes Ohland aus Barlt, welcher Augenzeuge der von ihm vorgenommenen Anzündung des Strohhaufens gewesen ist, seine Bestätigung findet, daß auch die Zurechnungsfähigkeit des Inculpaten dem von dem Physicat erstatteten Gutachten zufolge keinem Zweifel unterliegt, und

in Erwägung, daß die Handlung des Inculpaten nach ihrem Objecte nicht unter den im Art. 123 des Dithmarscher Landrechts normirten Begriff der Brandstiftung fällt, daher nur als dolose Beschädigung des fremden Eigenthums der criminellen Ahndung unterliegt, daß aber bei der Bestimmung der über ihn zu verhängenden Strafe sowohl die Größe des angerichteten auf ca. 250 ℔ v. Cour. geschätzten Schadens, als auch die Gefährlichkeit der Handlung des Inculpaten, durch welche ein dem Boje Wichmann'schen Wohnhause benachbartes Haus in große Gefahr versetzt worden ist, als erschwerend in Betracht kommt und daher die Erkennung einer einjährigen Zuchthausstrafe als angemessen erscheint;

wird der Inculpat Claus Braack aus St. Michaelisdonn wegen doloser Beschädigung fremden Eigenthums zu einer einjährigen Zuchthausstrafe und zur Erstattung der Untersuchungskosten, in so weit er dazu des Vermögens, verurtheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 22. August 1862.

Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom beendigten Versuch.

Von Obercriminalgerichtswegen

wird dem Königlichen Bordesholmer Amtsgericht mit Beziehung auf dessen unterm 23 v. Mts. hieselbst eingegangenen Bericht in Untersuchungssachen wider Anna Maria Friederike Wiese aus Neumünster, wegen Brandstiftung, und bei Wiederanschließung der eingesandten Untersuchungsacten zur Bekanntmachung an die Inculpatin und Wahrnehmung des Erforderlichen hiedurch zu erkennen gegeben:

daß,

in Erwägung, daß die Inculpatin, ihrem auch anderweitig bestätigten Geständniß zufolge, da sie sich dadurch gekränkt gefüllt, daß ihre Dienstherrin, die Ehefrau des Käthners Timm vom Krükenkruge, ihr einen Besuch bei ihren Eltern nicht hat erlauben wollen und überdieß die bei ihrem Sohn wohnende Mutter des Käthners Timm sich in verächtlicher Weise über die Eltern der Inculpatin geäußert, am Nachmittage des 4. Januar d. J. den Entschluß gefaßt hat, das Haus ihres Dienstherrn in Brand zu stecken, um in Folge dessen aus dem Dienst zu kommen; daß sie in Ausführung dieses Entschlusses von dem auf der Diele befindlichen Feuerherd eine Kohle genommen und mit dieser die auf den Boden liegenden Hafergarben angezündet hat; daß sie aber ihre Absicht, das Feuer anzulegen, sofort bereut und deshalb den aus der Stube kommenden Knecht Lienau darauf aufmerksam gemacht hat, daß es auf dem Boden knistere, damit dieser das Feuer entdecken und dafür sorgen möge, daß es gelöscht werde, was denn auch geschehen ist;

in Erwägung, daß der Inculpatin hienach zwar ein vollendeter Versuch der Brandstiftung zur Last fällt, daß aber eine Strafe wegen desselben nicht wider sie erkannt werden kann, weil sie freiwillig vom Verbrechen zurückgetreten ist und den Eintritt des Erfolges verhindert hat,*) so daß es nicht weiter auf die

*) Die Frage, ob auch dann noch, wenn ein bereits beendigter Versuch vorliege, ein strafloser Rücktritt des Thäters zulässig sei, ist bekanntlich sehr bestritten,

cf. Köstlin, System des Deutschen Strafrechts, Abthl. I § 84 sub 3,

welcher selbst für die verneinende Ansicht sich ausspricht. Mit Recht aber bemerkt

Henke, Handb. des Criminalrechts, I. S. 259,

daß es, wenn von der Strafloſigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuches die Rede, gleichgültig sei, bis zu welchem Grade des Versuches der Handelnde

Digitized by Google

Frage ankommt, ob und in wie weit die Inculpatin für zurechnungsfähig erachtet werden kann;

die Inculpatin Anna Maria Friederike Wieſe aus Neumünſter in Betreff der von ihr verſuchten Brandſtiftung mit Strafe zu verſchonen, jedoch zur Erſtattung der Unterſuchungskoſten, inſoweit ſie des Vermögens, zu verurtheilen iſt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holſteiniſchen Obercriminalgericht zu Glückſtadt, den 15. März 1862.

---

fortgeſchritten geweſen, weil der Grund der Strafloſigkeit auf alle Stufen deſſelben paſſe. Auch bei dem beendigten Verſuche oder nach Köſtlin's Worten dann, wenn der Handelnde bereits alles zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche ſeinerſeits geleiſtet, wenn er alle den Eintritt der verbrecheriſchen Wirkung bedingenden Natururſachen angeregt zu haben geglaubt hat, liegt doch eben das Nichteintreten dieſer Wirkung in ſeinem Willen, wenn er, ſei es durch eigne Kraft oder, was dieſem gleichſtehen muß, durch Herbeiziehung fremder Hülfe, den Eintritt des verbrecheriſchen Erfolges ſelbſt verhindert; und dies Moment des eigenen freiwilligen Hinderns betrachtet das Geſetz als die Vorausſetzung der Strafloſigkeit. Selbſt Köſtlin ſcheint das im Text Bemerkte in der Anmerkung 6 wieder zu beſchränken, wenn er hier ausſpricht, daß in einem Falle, wo der Thäter die Möglichkeit noch in der Hand habe, den wirklichen Eintritt des Erfolgs abzuwenden, und dieſe Möglichkeit wirklich benütze, er keinen bereits beendigten Verſuch wieder aufgegeben habe.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

18. Stück. — Den 2. Mai 1864.

Entscheidungen.

Der Satisfactionsanspruch einer außerehelich Geschwängerten wird hinfällig, wenn sie durch ihr Verhalten ihrem Schwängerer zu begründeten Einwendungen gegen die Ehelichung Veranlassung gegeben hat. — Wie der Betrag der Wochenbettskosten zu bestimmen ist.

In Sachen des Käthners Gundermann zu Oldenfelde, Beklagten und Supplicanten,

wider

Maria Dassau c. c. p. zu Meiendorf, Klägerin und Supplicatin,

wegen außerehelicher Schwängerung, modo Supplication gegen das Erkenntniß des Trittauer Dinggerichts vom 2. October v. J.,

ergeben die Acten:

In einer bei dem Trittauer Dinggericht eingereichten Klage hat die Klägerin vorgebracht: sie sei vom Beklagten zum Beischlaf verleitet, in Folge dessen schwanger geworden und habe am 20. Februar 1861 ein Kind geboren, als dessen Vater sie in der Geburtsnoth den Beklagten namhaft gemacht habe. Der Beklagte habe sein Versprechen, sie zu ehelichen, nicht gehalten, sondern sich anderweitig verheirathet. Sie verlange daher eine Satisfactionssumme für die Defloration, Ersatz der Wochenbettskosten und Alimente für das Kind.

Der Beklagte habe sich mit 3000 ℛ eignen Vermögens eine Käthnerstelle erworben, sei also wohlhabend und sie sei eine Hufnerstochter. Beide Umstände verliehen ihr das Recht, eine Defloration[s]summe von 200 ℛ in Anspruch zu nehmen.

Zu der schweren Entbindung habe sie einen Arzt zu Hülfe rufen und demselben dafür 16 ℛ bezahlen müssen, weshalb ihr an Wochenbettskosten 32 ℛ zu vergüten seien; für Alimentation fordere sie in den ersten 10 Lebensjahren des Kindes 30 ℛ und von da an bis zum 18. Jahre 24 ℛ jährlich.

Sie bitte daher, den Beklagten zur Leistung dieser Prästationen und Erstattung der Proceßkosten zu verurtheilen, indem sie in eventum die Bestimmung der Höhe jener Prästationen in das richterliche Ermessen verstelle.

Der Beklagte hat excipiendo entgegnet: die Klage sei nicht genügend fundirt, weil die Klägerin weder behauptet habe, daß der Beklagte der Vater des von ihr geborenen Kindes sei, noch daß und wann ein Beischlaf des Beklagten mit ihr stattgefunden habe. Event. sei der Anspruch auf eine Satisfactionssumme nicht begründet, weil sie nicht angeführt, daß sie das Kind als primipara geboren habe. Er habe allerdings mit der Klägerin einmal concumbirt, erinnere die nähere Zeit aber nicht, und da diese auch nicht von der Klägerin angegeben sei, so stehe ihre Behauptung, daß sie in Folge des mit ihm geübten Beischlafs schwanger geworden, ganz in der Luft und müsse unbegründet erscheinen. Daß sie am 20. Februar 1861 ein Kind geboren, bestreite er nicht, unbekannt sei ihm aber, daß sie ihn in der Geburtsnoth als Vater angegeben habe.

Digitized by Google

Ihr Anspruch auf eine Satisfactionssumme sei jedenfalls unstatthaft, da sie sowohl, ehe sie mit ihm concumbirt, als auch in der ihrer Niederkunft entsprechenden Zeit anderen Mannsleuten, namentlich dem Gensdarmen Willhöft und dem Hufner Mecklenburg, sich hingegeben habe.

Dann habe auch Klägerin es selbst verschuldet, daß er sie nicht geheirathet habe, indem sie ihm Ursache gegeben, an ihrer Treue zu zweifeln. Sie habe nämlich, während sie mit ihm versprochen gewesen, den Gensdarm öffentlich auf einem Tanzsaal geküßt und heimliche Besuche von ihm angenommen, so wie nächtliche Zusammenkünfte im Garten mit Mecklenburg gehalten. Da der Schwängerer die Wahl habe, die Geschwächte zu heirathen oder durch eine Satisfactionssumme abzufinden, so sei der ganze Anspruch der Geschwängerten hinfällig, wenn sie ihrem Schwängerer durch ihr Verhalten zu begründeten Einreden gegen die Ehelichung Veranlassung gebe.

Die Ansprüche der Klägerin seien zu hoch, denn wenn er sich auch im Besitz einer mit 2900 ℔ eignen Vermögens erworbenen Käthnerstelle befinde, so habe er doch die größte Mühe, auf der Stelle, welche mit Schulden und einem erheblichen Altentheil belastet sei, zu bestehen. In solchen Verhältnissen sei bisher nur auf eine Satisfactionssumme von 50 ℛ und resp. 16 und 12 ℛ jährlicher Alimente erkannt.

Was die Wochenbettskosten anlange, so leugne Beklagter, daß ein Arzt zu der Entbindung habe geholt werden müssen, daß die Klägerin dem Arzte 16 ℛ bezahlt habe und daß der Beklagte mehr als die gewöhnlichen Hebammengebühren zu entrichten habe, da er nicht an der Schwierigkeit der Entbindung Schuld sei.

Das Dinggericht hat darauf unterm 2. October v. J. den Beklagten schuldig erkannt, der Klägerin pro defloratione 100 ℛ, an Arzt- und Wochenbettskosten 32 ℛ zu bezahlen, an Alimenten für das Kind bis zu dessen 10. Lebensjahre jährlich 20 ℛ und von da an bis zur Confirmation jährlich 16 ℛ praenumerando zu entrichten und ihr die Proceßkosten zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte mit Einwilligung des Gegners das Rechtsmittel der Supplication interponirt, es rechtzeitig prosequirt und sich darüber beschwert:

1) daß nicht die Klage, event. so weit sie den Satisfactionsanspruch betrifft, zurückgewiesen, event. angebrachtermaaßen;
2) daß Beklagter mit seinen materiellen Einreden gegen solchen Anspruch enthört worden;
3) daß nicht die Alimentengelder und event. die Satisfactionssumme niedriger bestimmt, so wie daß die ärztlichen Entbindungskosten dem Supplicanten aufgebürdet sind, event. daß in Betreff dieser nicht auf Beweis erkannt worden.

Es frägt sich, ob diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß die Klage thatsächlich genügend fundirt ist, indem, wenn gleich nicht ausdrücklich behauptet ist, daß der Beischlaf zu einer der Entbindung entsprechenden Zeit stattgefunden habe, doch die Behauptung zur Begründung der Klage ausreicht, daß die Klägerin, vom Beklagten zum Beischlaf verleitet, in Folge dessen schwanger geworden sei und am 20. Februar 1861 ein Kind geboren habe, da hierin implicite das Vorbringen enthalten ist, daß der Beischlaf zu einer Zeit stattgefunden, daß gesetzlicher Präsumtion zufolge der Beklagte als Vater des Kindes anzusehen sei;

in Erwägung, daß zur Begründung des Entschädigungsanspruches für die Defloration die Behauptung, Klägerin habe als primipara geboren, nicht erforderlich ist, indem die Berechtigung zu diesem Anspruch eine allgemeine ist, welche durch die Einrede, daß die Klägerin schon früher geboren habe, aufgehoben werden kann;

in Erwägung, daß solchemnach die erste Beschwerde unbegründet ist;

in Erwägung, daß dagegen die except. plur. concumbentium, wie von der Klägerin eingeräumt, dem Beklagten zum Beweise zu verstellen und für ihre Begründung auch die Zeit nach erfolgter Entbindung der Klägerin in Betracht zu ziehen ist, indem ihr Anspruch auf Ehelichung und Dotirung ein alternativer ist und die Deflorirte, wenn sie sich später mit einem andern Manne fleischlich vermischt, dadurch ihrem Schwängerer begründete Einreden gegen die Ehelichung giebt, damit aber in Gemäßheit der Natur solcher alternativer Verbindlichkeiten der ganze Anspruch der Geschwängerten hinfällig wird,

Holst. Anz. 1856, pag. 279,

daß indeß der Beklagte, der sich später anderweitig

Digitized by Google

verheirathet, sich die Möglichkeit genommen hat, die Klägerin zu ehelichen, und damit von dieser Zeit an seine alternative Verbindlichkeit in eine einfache, eine Aussteuer zu geben, selbst verwandelt hat, weshalb nach seiner ehelichen Verbindung der Lebenswandel der Klägerin auf seine Verbindlichkeit nicht mehr von Einfluß sein konnte und demgemäß der aufzuerlegende Beweis zu beschränken ist;

in Erwägung, daß die anderen exceptivischen Behauptungen, daß die Klägerin einen Gensdarmen öffentlich geküßt und mit einem Hufner nächtlicher Weile im Garten spaziert, nicht in Berücksichtigung gezogen werden können, indem diese Thatsachen zwar moralisch ins Gewicht fallen für die Wahl der einen Alternative, jedoch die aus der Schwängerung entstehenden Verbindlichkeiten nicht aufheben;

in Erwägung, daß die Verbindlichkeit des Schwängerers, die Kosten der Entbindung zu bezahlen, feststeht, auch vom Beklagten nicht bestritten ist, daß diese Kosten in jedem einzelnen Falte der Natur der Sache nach nicht die gleichen sind und daß die übliche Bestimmung derselben auf 16 ℛ in dem richterlichen Moderationsrechte und in der Erwägung begründet ist, daß wegen solcher regelmäßig geringfügigen Forderungen die Einleitung eines Beweisverfahrens dem Interesse beider Parteien widerspricht, daß dagegen aber, wenn specieller Umstände wegen diese Kosten eine ungewöhnliche Höhe erreichen, wie angeblich in dem vorliegenden Fall, die Auferlegung eines Beweises gerechtfertigt erscheint;

in Erwägung vorstehender Gründe

wird auf die am 28. October v. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift nach eingezogener Gegenerklärung hierdurch von Obergerichtswegen unter Mittheilung einer Abschrift der Gegenerklärung an den Supplicanten zum Bescheide ertheilt:

daß das Erkenntniß des Dinggerichts vom 2. October v. J. dahin zu reformiren:

Könnten und würden, unter Vorbehalt der Eide und Gegenbeweise, binnen Ordnungsfrist darthun und erweisen:

1) die Klägerin:
   a) daß Beklagter ihr zu einer mit ihrer am 20. Februar 1861 erfolgten Entbindung correspondirenden Zeit fleischlich beigewohnt habe;
   b) daß wegen der Schwierigkeit ihrer Entbindung ein Arzt habe zugezogen werden müssen und dadurch eine Ausgabe von 16 ℛ R.-M. veranlaßt sei;
2) der Beklagte:
   daß die Klägerin vor seiner Verehelichung sich mit einem anderen Manne fleischlich vermischt habe,

so würde nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen sowohl in der Hauptsache als auch der Kosten wegen weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 30. März 1863.

Criminalfälle.

Raubmord.

Der Hofbesitzer David Brandt zu Halstenbeck verheirathete sich im Jahre 1844 mit Anna Margaretha Schneede, der Tochter und alleinigen Erbin des vor vielen Jahren verstorbenen Vollhufners Jochim Schneede in Halstenbeck. Die Gütergemeinschaft, in welcher die Wittwe des Letzteren mit ihrer Tochter verblieben war, ward auch nach der Verheirathung dieser fortgesetzt, indem David Brandt den gemeinschaftlichen Hof bewohnte und verwaltete. Im Jahr 1858 starb seine Ehefrau und im April 1861 auch seine Schwiegermutter, nachdem er bis dahin mit dieser und seinen fünf noch unmündigen Kindern in Gemeinschaft verblieben war. Es ward nun vom Pinneberger Actuariate die Inventur der Masse verfügt, die fernere Verwaltung derselben aber dem David Brandt überlassen.

Noch im Laufe des Jahres 1861 verlobte sich dieser mit einer gewissen Anna Maria Pein, der Tochter eines Zwölftelhufners in Halstenbeck, und es lag ihm nun ob, vor Eingehung der Ehe die gesetzliche Abtheilung mit seinen Kindern zu beschaffen. Er erklärte

Digitized by Google

demzufolge vor dem Pinneberger Extrajudicialprotocoll, daß er das Recht des Halbschieds in Anspruch nehme und beantragte zugleich, daß ihm unter Zusicherung eines Abschiedes die Schneede'sche Hufe in Setzwirthschaft gegeben und eine Vergütung der für deren Verwaltung bisher gebrachten Opfer bewilligt werden möchte. Dieser Antrag, mit welchem die Vormünder der Kinder sich einverstanden erklärten, wurde von dem Actuariat durch Decret vom 18. October 1861 genehmigt und Termin zur Vornahme der erforderlichen gerichtlichen Taration der Besitzung mit Zubehör auf Mittwoch den 23. s. M. anberaumt. Dies Decret wurde dem David Brandt am 21. October, dem Tage des Pinneberger Herbstmarktes, zugestellt.

Er besuchte nun am Nachmittage diesen Markt, wo er nach Verabredung mit seiner Braut zusammentraf. Sie bestellten bei einem Tischler in Pinneberg Mobilien für ihre demnächstige Einrichtung; er zeigte sich sehr vergnügt über die erlangte obervormundschaftliche Genehmigung seiner Anträge und führte seine Braut in verschiedene Tanzlocale, und sie begaben sich erst in der Nacht ungefähr um 1½ Uhr nach Hause.

Bei Taxationen, wie die hier beabsichtigte, werden nach üblicher Sitte im Pinnebergischen der Actuar und die Taxatoren mit einer Mahlzeit bewirthet. Brandt hatte zu dem Ende Einkäufe von Mehl und Fleisch zu machen. Am Dienstag gegen 6 Uhr Morgens, als er noch im Bette lag, kam die Ehefrau des Mitchers Vogt, welcher in einem auf seiner Hofstelle liegenden Nebenhause wohnte, zu ihm in's Haus; er ließ sie zu sich kommen und bat sie, am folgenden Tage bei ihm zu kochen, wobei er ihr mittheilte, daß er am Abend nach Pinneberg wolle, um Einkäufe für die Mahlzeit zu machen. Sie rieth ihm aber, dies noch am Morgen zu thun, weil sonst die Kuchen am folgenden Tage noch warm sein würden, und er entschloß sich auch hiezu. Einige Zeit darauf kam er in's Nebenhaus und bat die Frau des dort ebenfalls wohnenden Arbeitsmanns Keßler, bei ihm gleichfalls am nächsten Tage beim Kochen zu helfen. Dann ging er wieder in's Wohnhaus, kam aber gleich mit einem Bündel unter dem Arm, einem Stock in der Hand und einer Flasche, um Hefe darin zu holen, in der Tasche wieder zurück, sprach mit den beiden Frauen über den Betrag der von ihm zu machenden Einkäufe, wobei er noch auf Befragen, was er in dem blauen Tuch habe, äußerte, daß er darin zwei Säcke oder Beutel eingeknotet habe, um die eingekauften Sachen besser fortschaffen zu können, und ging dann von der Hofstelle fort und weiter den an der Seite des Dorfes hinführenden Fußsteig entlang. Dies geschah nach der übereinstimmenden Angabe der Ehefrauen Vogt und Keßler wie der beiden Brandt'schen Töchter zwischen 7 und 8 Uhr Morgens, jedoch näher an 7 Uhr. Er war beim Weggehen mit einem grauen Sommerrock, einer schwarzen Hose von englischem Leder, welche er in den bis an die Kniee reichenden Stiefeln trug, und einer schwarzen Tuchmütze bekleidet.

Brandt ist von dieser Tour nicht wieder zurückgekehrt. In Folge dessen machten sich sofort am folgenden Tage (Mittwoch den 23. October) seine in Halstenbeck wohnenden Verwandten auf, um ihn aufzusuchen, beschafften auch auf der Landdrostei eine Anzeige von seinem Verschwinden. Da die früh Morgens in Pinneberg angestellten Erkundigungen vergeblich geblieben waren, beschloß man, in Rellingen in jedem Hause nachzufragen. Hier erfuhren der Bruder des Vermißten, Simon Brandt, und der Arbeitsmann Keßler im Hause des Wirthes Kunstmann, daß der Arbeitsmann Kuhlmann in Rellingen geäußert hätte, wie er auf dem Pinneberger Markte mit David Brandt verabredet gehabt, daß er am folgenden Tage, wenn er wegen seiner Taxation nach Pinneberg gehe, bei ihm vorkommen solle. Die Beiden gingen nun in die Wohnung Kuhlmanns, wo die Frau desselben, welche sie allein zu Hause trafen, ihnen auf Befragen erklärte, daß ihr Mann allerdings Tags zuvor den David Brandt erwartet habe, selbiger aber nicht gekommen sei. Außerdem stellte sich heraus, daß der Sohn des Wirthes Kunstmann, Namens Heinrich, am Morgen vorher, als er von dem Wirthe Dieckmann in Rellingen einen Dreschflegel hatte holen wollen, auf der Straße dem David Brandt begegnet war, ohne daß dieser jedoch über den Weg, welchen Brandt weiter eingeschlagen hatte, etwas anzugeben vermochte.

Noch an demselben Tage wurden die Mütze, der Rock und die Flasche desselben von dem 14jährigen Knaben Jochim Hinrich Vogt auf einer Wiese gefunden, welche an der Düpenau und dem Halstenbeck-Eggerstedter Nebenweg belegen ist. Dieser Knabe hütete dort die Kühe seines Dienstherrn, des Eingesessenen Timm in Thestorf; als er diese am Mittage

Digitized by Google

nach Hause treiben wollte, bemerkte er bei der Gelegenheit, daß die erwähnten Sachen etwa 12 Schritt vom Ufer der Aue an dem Walle, welcher zwischen der Wiese und dem Nebenwege sich befindet, in der Weise lagen, daß sie vom Wege aus nicht zu bemerken waren. Der Knabe nahm die Sachen mit nach Hause. Hier kam man auf die Vermuthung, daß sie dem verschwundenen David Brandt gehören könnten; er ward nun damit zu seiner auf der Brandt'schen Hofstelle wohnenden Tante, der schon genannten Ehefrau Vogt, geschickt und hier wurden alsbald von allen Seiten die Mütze und der Rock bestimmt als diejenigen erkannt, welche Brandt Tags vorher beim Weggang von seinem Hofe getragen hatte, während die Flasche ohne besondere Kennzeichen, übrigens leer, wie die von ihm mitgenommene war. Die Mütze war etwas feucht, als wenn sie die Nacht hindurch draußen gelegen hatte.

Im Laufe der Zeit wurden dann noch außer dem Heinrich Kunstmann vier andere Personen ermittelt, welche den David Brandt an dem fraglichen Dienstagmorgen auf dem Wege nach Rellingen gesehen hatten, wobei nur das Auffällige sich herausstellte, daß dies auf zwei verschiedenen Wegen geschehen war. Man kann nämlich auf zwei Wegen von Halstenbeck über Rellingen nach Pinneberg gelangen. Der eine führt längs der Landstraße über Stawedder in Rellingen und dann weiter über den dortigen Kirchhof bei den Häusern des Wirthes Dieckmann, des Bäckers Bandholz und des Wirths Kunstmann vorüber gerade aus auf den Pinneberger Kirchenfußsteig; der andere längs dem Halstenbeck-Eggerstedter Nebenwege über die Düpenaubrücke, sodann rechts in den Brande-Nienhöfener Kirchenfußsteig und über die Thesdorfer Brücke in das Dorf Rellingen. Beide Wege sind beträchtlich von einander entfernt, auch durch zwei Auen von einander geschieden. Auf dem ersten war Brandt an dem Dienstagmorgen zuerst in der Nähe von Stawedder von dem Brodträger Matt aus Bönningstedt, dann von der in einem der ersten Häuser von Rellingen wohnenden Ehefrau Wegener im Vorbeigehen bei ihrer Wohnung und zuletzt von dem jungen Kunstmann bei den letzten Häusern des Dorfes, auf dem andern Wege dagegen von dem Arbeitsmann Pein aus Rellingen von einer Thesdorfer Koppel aus in der Nähe des Ortes, wo demnächst die Sachen gefunden sind, gesehen worden. Außer den Genannten hatte niemand an dem fraglichen Morgen den David Brandt gesehen, es war dies namentlich weder in Pinneberg noch auf dem Kirchenfußsteige zwischen Rellingen und Pinneberg geschehen, so daß die Annahme gegeben war, daß er in Rellingen oder bei diesem Dorfe verschwunden sei.

Schon am Mittwoch nach der geschehenen Auffindung der Sachen begannen die Brandt'schen Verwandten in der Aue nach dem Verschwundenen zu suchen; diese Nachsuchungen wurden fortgesetzt, führten aber zu keinem weiteren Resultat, als daß am 2. November in der Nähe der Thesdorfer Brücke, unterhalb der Wiese des Wirths Kunstmann am Grunde der Aue ein Sack mit einem Tuchzipfel gefunden wurde. Dieser Sack wurde von dem Schneider Claus Hinrich Brandt, einem Bruder des David Brandt, welcher ihn genäht hatte, erkannt; es war einer von den beiden Säcken, welche der Vermißte beim Weggehen von seiner Hofstelle mitgenommen hatte, und in dem Tuchzipfel erkannte die Braut des Brandt ein Stück eines Tuches, welches sie für ihren Bräutigam gesäumt hatte, während die Ehefrauen Voß und Keßler erklärten, daß Brandt gerade in ein solches Tuch an jenem Morgen die beiden Säcke eingewickelt gehabt hätte.

Damit waren nun zunächst die Spuren des Verschwundenen, ungeachtet aller eifrigen Nachforschungen, zu Ende; es deutete alles darauf hin, daß er ermordet worden sei, aber es schien an hinreichendem Verdachte zu fehlen, um gegen eine bestimmte Person gerichtlich einschreiten zu können.

Schon bald nach seinem Verschwinden war indessen schon bei den Brandt'schen Verwandten, namentlich bei seinem Bruder, dem Schneider Brandt, der Verdacht entstanden, daß er von dem bereits erwähnten Arbeitsmanne Kuhlmann ermordet worden sei, welcher Verdacht sich auf den Umstand stützte, daß er an dem fraglichen Tage von diesem, den man für eine der That fähige Person hielt, erwartet und zuletzt in der Nähe seines Hauses gesehen worden sei. Auch verbreitete sich das Gerücht, daß die Brandt'sche Leiche in dem Garten des Kuhlmann liege, weil man diesen kurz nach dem Verschwinden des Brandt dort graben gesehen hätte, namentlich war es den Verwandten aufgefallen, daß er dort dicht an der Aue eine Reihe von Stachelbeerbüschen gepflanzt hatte, und sie beantragten bei der Landdrostei, nachdem der Schneider Brandt schon am 4. November vor derselben seinen Verdacht

Digitized by Google

gegen Kuhlmann erklärt hatte, daß eine Untersuchung seines Gartens vorgenommen werden möchte. Die Landdrostei aber, welcher verschiedene Umstände vorlagen, die gegen die Thäterschaft des Kuhlmann Bedenken erregen mochten, fand ein amtliches Einschreiten nicht motivirt und autorisirte nur die Verwandten, unter der Hand im Kuhlmann'schen Garten nachzusuchen, was von ihnen auch einmal des Nachts, jedoch ohne Erfolg, geschah. Nun ruhte die Sache, da eine im December 1861 bei der Landdrostei vorgebrachte Anzeige sich als auf dem bloßen Gerede eines Knaben beruhend erwies, bis im August 1862 ein Umstand eintrat, welcher die Sachlage wesentlich veränderte.

Am 16. s. M. nämlich zeigte der Pächter Franck in Rellingen der Landdrostei an, daß ihm von der Hausdiele 2 Paar Stiefeln gestohlen seien und daß Kuhlmann dieses Diebstahls verdächtig sei. Es ward eine Haussuchung bei ihm angestellt, bei welcher die gestohlenen Stiefel sich fanden, und Kuhlmann nun noch am selben Abend zur Haft gebracht. Da nun wiederum das Gerücht auftauchte, daß er Brandt ermordet und in seinem Garten verscharrt habe, er auch durch das Gerede noch verschiedener anderer Diebereien bezüchtigt wurde, so hielt man es jetzt für unbedenklicher, nicht allein eine erneuerte Durchsuchung seiner Wohnung, sondern auch eine Nachgrabung in dem Garten vorzunehmen, wozu der Nachmittag des 19. August bestimmt ward.

Während in der Kuhlmann'schen Wohnung, wo die Ehefrau Kuhlmann mit ihren drei jüngsten Kindern angetroffen ward, die Haussuchung unter Leitung des Landdrosteisecretais Nissen geschah, begaben sich der Landdrost und der Landrichter mit dem Polizeidiener Meggersen, der sich zu diesem Behuf den eisernen Sucher des Todtengräbers verschafft hatte, nach dem Garten. Bevor mit dem Bohren begonnen wurde, ward darüber gesprochen, wo man anfangen solle und es äußerte Meggersen, daß man da anfangen müsse, wo Kuhlmann zuerst gegraben habe. Er bezeichnete dann diese Stelle: sie war in der Nähe eines am Zaun stehenden kleinen Apfelbaums, 155 Schritt vom Wohnhause, 93 Schritt von der am Ende des Gartens vorbeifliessenden Aue entfernt. Nach einigen vergeblichen Bohrungen traf man hier auf eine lockere Stelle; es ward zur Nachgrabung geschritten und es kam zunächst ein Stiefel mit nach obengerichteter Sohle zu Tage, worauf sich alsbald zeigte, daß dort ein menschlicher Leichnam vergraben lag. Die weitere Ausgrabung geschah mit aller Behutsamkeit unter Zuziehung des sofort herbeigeholten Physicus Jessen. Die Leiche lag ungefähr 5 Fuß tief in der Erde, in paralleler Richtung mit der neben dem Garten hinlaufenden Straße, die Füße nach dem Kuhlmann'schen Hause, den Kopf nach der Aue gerichtet, auf der linken Seite in zusammengebogener Stellung mit stark gebogenen Knieen und aufwärts gerichteten Füßen; sie war bekleidet mit Halbstiefeln, einer dunklen Hose, welche in die Stiefel gesteckt war, einem Rock, einer Weste und einem Halstuch. Der Kopf war mit dunklen Haaren bedeckt und an der rechten Seite des Schädels eine große Oeffnung desselben zu bemerken. Nachdem die Ehefrau Kuhlmann in Arrest gebracht worden war, wurde die Leiche aus der Grube herausgenommen, in die Kuhlmann'sche Wohnung gebracht und hier unter Bewachung gestellt.

Am folgenden Tage ward zunächst der zu dem Ende aus dem Gefängniß nach Rellingen gebrachte Inculpat Kuhlmann der Leiche gegenübergestellt. Die Nachricht von der erfolgten Ausgrabung derselben hatte eine große Menge Menschen versammelt; es war daher nicht zu vermeiden, daß er auf das, was seiner wartete, vorbereitet war. Ihm ward zunächst die auf der Vordiele seiner Wohnung liegende Leiche vorgezeigt, worauf er erklärte, er wisse nicht, wem die Leiche angehöre, nach wenigen Augenblicken aber hinzufügte, es solle vielleicht Brandt's Leiche sein, jedoch sei sie im jetzigen Zustande nicht zu erkennen. Auf den zerschmetterten Schädel aufmerksam gemacht, gab er keine weitere Erklärung. Inculpat zeigte sich anfangs sehr ruhig, fing aber allmählig an zu zittern und wurde immer bläßer. Er wurde darauf in den Garten an die Stelle geführt, wo die Leiche ausgegraben war; hier erklärte er mit gehobener Stimme vor der versammelten Menge, daß er keine Leiche hier begraben, daß er wohl einmal bemerkt, daß sein Garten umgegraben gewesen sei, daß er aber unschuldig sei und auch über die Verscharrung Brandt's an dieser Stelle keine Auskunft geben könne, man könne ihn sitzen lassen bis er verkomme, man könne ihm den Kopf abnehmen, er habe das nicht gethan; er habe überhaupt Brandt an dem Tage nicht gesehen, wiewohl er ihn allerdings erwartet habe.

Der Inculpat wurde nun in den Arrest zurück-

Digitized by Google

geführt und zur Recognition der Leiche durch die Verwandten und Bekannten des David Brandt geschritten. An selbiger fanden sich außer den schon erwähnten Kleidungsstücken lange grauwollene Strümpfe, eine Parchentunterhose, ein baumwollenes Oberhemd, ein weiß leinenes Hemd, gez. T. K., und ein blauwollenes Unterhemd oder Unterjacke. In der Westentasche befanden sich zwei Zollzettel des Langenfelder Zollamts resp. vom 17. Sept. und 19. Oct. 1861, auf denen als Zollanmelder Brandt aus Halstenbeck namhaft gemacht war; auch war schon vor der Entkleidung der Leiche von einigen der Angehörigen des Brandt bemerkt, daß in dem Oberhemde sich die Buchstaben T. K. befinden sollten. Die Züge des Gesichts waren freilich nicht zu erkennen, da dieses in Folge der Verwesung durch die völlige Zerstörung fast sämmtlicher Fleischtheile desselben durchaus unkenntlich geworden war. Es erklärte aber nicht nur Simon Brandt, daß die Länge des Leichnams mit der seines verschwundenen Bruders übereinstimme, sondern es erkannte auch der Schneider Cl. Hinr. Brandt den Rock und die Weste der Leiche als diejenigen, welche er selbst für seinen Bruder verfertigt und die beiden Kinder des Verstorbenen, die 17 jährige Catharina Magdalena Brandt und die 16 jährige Catharina Elisabe Brandt, bezeichneten die sämmtlichen Kleidungsstücke der Leiche als ihrem Vater gehörig, und als diejenigen, welche er bei seinem Verschwinden getragen habe.

Bei der Entkleidung der Leiche fanden sich in der wollenen Unterjacke, welche dem Körper zunächst getragen war, sowohl auf der Brustfläche, wie auf dem Rücken mehrere nicht begrenzte braune Flecken, ferner in dem Oberhemde auf der rechten Brustfläche und in dem darunter liegenden leinenen Hemde an den correspondirenden Stellen ebenfalls zwei schwarzbraune Flecke.

Bei der Section der Leiche, welche männlichen Geschlechts und ungefähr 6 Fuß 2 Zoll lang, übrigens äußerlich sehr von der Fäulniß angegriffen war, fand sich an äußeren Verletzungen lediglich ein Loch an der rechten Seite des Schädels zwischen dem Scheitel und der Schläfe, welches sich nach geschehener Entfernung der Kopfhaut weit ausgedehnter, als es früher den Anschein hatte, erwies; es war von unregelmäßiger Form und der Größe, daß eine geballte Faust hineingelegt werden konnte; von dem obern Winkel dieser Oeffnung an war der Schädel nach vorne und seitwärts gespalten. Nach Eröffnung desselben wurden auf der breiigen Gehirnmasse 11 lose Knochenstücke von verschiedener Größe bemerkt, welche sich als Bruchstücke der zerbrochenen Schädeldecke erwiesen. In der Brust- und Bauchhöhle wurde außer den durch die Fäulniß hervorgerufenen Veränderungen der Organe nichts Bemerkenswerthes, namentlich keine Regelwidrigkeit, vorgefunden.

Daß nun die in dem Garten des Inculpaten aufgefundene Leiche die des verschwundenen David Brandt aus Halstenbeck gewesen ist, kann nach Allem, was vorliegt, nicht als zweifelhaft erscheinen, wenn auch eine unmittelbare Recognition desselben wegen der weit fortgeschrittenen Verwesung, die sein Gesicht völlig zerstört hatte, nicht hat geschehen können. Denn nicht nur, daß Brandt ungefähr 10 Monate vor der Ausgrabung der Leiche verschwunden ist, die Gerichtsärzte aber in ihrem Elogium sich dahin ausgesprochen haben, daß die Beschaffenheit der Leiche nach Art und Stärke ihrer Verwesung vollkommen mit der Annahme in Einklang stehe, daß selbige einem Manne angehöre, welcher mindestens 8, höchstens 12 Monate vorher seinen Tod gefunden habe, daß ferner Brandt, wie noch späterhin näher zu erörtern, in der Nähe von Rellingen, also nicht weit von dem Fundort der Leiche, zuletzt gesehen worden ist, während nichts darüber bekannt geworden, daß eine andere Person um die zutreffende Zeit in jener Gegend verschwunden sei und daß die Länge der Leiche mit der des Vermißten übereinstimmt, sondern es ist auch die Leiche nach verschiedenen Zeugenaussagen mit den Kleidungsstücken bekleidet gewesen, welche Brandt constatirtermaaßen am 22. October 1861 beim Weggang von seiner Hofstelle getragen hat, nur die Mütze hat gefehlt und ist ebenfalls schon am Tage nach seinem Verschwinden in nicht weiter Entfernung von dem Fundort der Leiche gefunden worden; es haben sich endlich in der Tasche der Weste, mit der die Leiche bekleidet war, zwei Zollzettel des Langenfelder Zollamts, lautend auf Brandt als Anmelder, gefunden, namentlich einer vom 19. October 1861, an welchem Tage Brandt nach verschiedenen Aussagen zur Stadt gewesen ist und das Langenfelder Zollamt hat passiren müssen: lauter Umstände, die in ihrem Ineinandergreifen jeden Zweifel an der Identität der aufgefundenen Leiche mit der des Verschwundenen ausschließen.

Digitized by Google

Eben so wenig ist es zweifelhaft, daß Brandt gewaltsamer Weise um's Leben gebracht worden ist. Es bedarf kaum der Berufung auf das erstattete gerichtsärztliche Gutachten, um es auszusprechen, daß, wenn die Zerschmetterung des Schädels, welche an seiner Leiche sich gefunden hat, ihm bei seinen Lebzeiten beigebracht worden, sie unbedingt seinen Tod hat zur Folge haben müssen, wie denn auch eine andere Todesursache an der Leiche nicht gefunden worden ist. Es fragt sich daher nur, ob diese Verletzung ihm als Lebenden beigebracht worden ist. Die Gerichtsärzte haben diese Frage aus dem Sectionsbefunde nicht mit genügender Sicherheit zu beantworten vermocht, indem sie darauf hingewiesen haben, daß bei dem Grad der Verwesung, durch welchen alle diejenigen Zeichen lebendiger Reaction, aus denen eben das zur Zeit der Verletzung vorhandene Leben erkannt werden könne, verschwunden seien, entscheidende positive Beweise des stattgehabten Lebens nicht vorhanden seien; sie sind aber durch die Betrachtung der Art der Verletzung, der Umstände, unter welchen, und der Kraft, durch die sie bewirkt sein möge, dazu gelangt, die Annahme als die allein wahrscheinliche zu bezeichnen, daß die Verletzung bei Lebzeiten zugefügt worden sei, zu welchem Ende sie darauf hinweisen, daß erfahrungsgemäß todte Körper eine viel größere Widerstandsfähigkeit gegen äußere Gewalteinwirkungen besitzen, als lebende, daß namentlich eine in heftigen Schlägen oder dergleichen ausgeübte Gewalt, welche bei einem Lebenden ohne allen Zweifel einen Bruch oder eine gänzliche Zerschmetterung der Schädeldecke zur Folge haben würde, den todten Schädel fast ganz unverletzt lasse, und daher auch von gerichtsärztlichen Autoritäten der Satz aufgestellt werde, daß, wenn an einer Leiche, bei welcher z. B. wegen eingetretener Verwesung nicht mehr ermittelt werden könne, ob die Verletzung im Leben oder nach dem Tode zugefügt worden sei, sich bedeutende Schädelverletzungen vorfänden, immer dann mit größter Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei, daß die Verletzung noch im Leben beigebracht worden, wenn nicht etwa eine höchst bedeutende Gewalt, die auf die Leiche eingewirkt habe, aus den Umständen des Falles erhelle. Ohne allen Zweifel, bemerken die Gerichtsärzte, müsse eine sehr bedeutende Kraftanstrengung erforderlich gewesen sein, um eine so schwere und umfangreiche Verletzung, wie an der Leiche vorgefunden, einem lebenden kräftigen Mann beizubringen. Sie könnten nun die Möglichkeit nicht in Abrede stellen, daß eine solche Verletzung auch an einem todten Schädel bewerkstelligt werden könne, wenn Jemand in der entschiedenen Absicht, den Schädel einzuschlagen, mit äußerster Kraftanstrengung ein schweres festes Werkzeug in wiederholten Schlägen gegen denselben habe einwirken lassen. Ob dieser Fall in der vorliegenden Untersuchungssache annehmbar sei, müßten sie dem richterlichen Ermessen anheimgeben; sie ihrerseits könnten, wenn sie auch die Möglichkeit des Factums zugeben müßten, mit Rücksicht auf das bereits Angeführte, eine solche Entstehungsweise nur als höchst unwahrscheinlich bezeichnen, müßten namentlich die Annahme zurückweisen, daß die Verletzung der Leiche während eines etwanigen Aufenthalts in der Aue durch zufällige und unabsichtliche Einwirkungen zugefügt worden sei. An diese nicht ganz ausreichende Antwort der Sachverständigen, welche über eine Entscheidung nach den Grundsätzen ihrer Wissenschaft nicht hinausgehen konnten, für welche in concreto keine völlig sichere Grundlage gegeben war, kann nun aber der Richter eine durchaus genügende Beantwortung anschließen. Es fehlt nämlich in den Untersuchungsacten an jedem Anhalt für die Annahme, daß gegen den Leichnam des David Brandt eine so bedeutende Gewalt, wie die Gerichtsärzte es nach dem Umfang der Verletzung für die Bewirkung derselben an einer Leiche erfordern, geübt worden; es läßt sich nicht einmal eine Vermuthung darüber bilden, wie und zu welchem Zweck solches geschehen sei. Wenn daher die Verletzung bei Lebzeiten des Brandt geschehen sein muß, so erscheint es auf den ersten Blick als unmöglich, daß der Verstorbene selbst eine solche Verletzung sich beigebracht haben sollte; andererseits weisen die stattgehabte Verscharrung der Leiche und der Umstand, daß Mütze, Rock und Flasche desselben in der Nähe der Aue gefunden worden sind, mit Evidenz auf ein verübtes Verbrechen hin; es ist also auch hier nicht daran zu zweifeln, daß Brandt gewaltsamer Weise und durch fremde Hand sein Leben geendet hat.

(Die Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

19. Stück. — Den 9. Mai 1864.

Criminalfälle.

Raubmord.

(Fortsetzung.)

Weiter aber ist als erwiesen zu betrachten, daß er auch beraubt worden ist. Bei Auffindung seiner Leiche ist nicht das mindeste Geld in den Taschen gefunden worden. Es ist nun aber schon im Allgemeinen nicht anzunehmen, daß Brandt, ein sehr wohlhabender Hofbesitzer, welcher, da keine Frau im Hause war, selbst die Wirthschaftskasse führte, gar kein Geld bei sich getragen habe, und es ist dies um so weniger der Fall, weil er gerade an dem Tage seines Verschwindens sich nach Pinneberg hat begeben wollen, um dort Einkäufe von Mehl und Fleisch zu machen. Er hat sein Mehl gewöhnlich bei dem Pinneberger Müller gekauft, nach der Aussage von diesem und den beiden Töchtern des Brandt aber nie in einem Rechnungsverhältniß zu ihm gestanden, und eben so wenig ist ermittelt worden, daß zwischen ihm und einem Schlachter in Pinneberg ein solches Verhältniß bestanden hat. Ganz abgesehen von diesen beabsichtigten Einkäufen aber wäre Brandt doch wohl schwerlich ohne alles Geld nach Pinneberg gegangen.

Der objective Thatbestand eines an dem Eingesessenen Brandt aus Halstenbeck verübten Mordes, der wahrscheinlich auch behufs der Beraubung geschehen, ist also mit hinreichender Gewißheit constatirt; es handelt sich nur darum, ob der Inculpat Kuhlmann, welcher im ganzen Verlauf der Untersuchung aller Verhaltungen ungeachtet die That mit Beharrlichkeit geleugnet hat, durch die wider ihn ermittelten Anzeigen ihrer Begehung für überführt zu erachten ist.

Es wird zunächst nothwendig, die einzelnen Vorgänge am Tage des Verschwindens des David Brandt näher ins Auge zu fassen. Wie schon erwähnt, verließ er an dem Tage zwischen 7 und 8 Uhr, jedoch der erstern Zeit näher als der letztern, seine Hofstelle, um nach Pinneberg zu gehen, wozu er, wie schon bemerkt ist, zwei Wege, den auf dem Halstenbeck-Eggerstedter Nebenwege über die Düpenaubrücke sodann längs dem Kirchenfußsteig nach Rellingen und den längs der Landstraße führenden, einschlagen konnte und auf beiden Wegen ist er an dem fraglichen Morgen gesehen worden.

Auf dem ersten (in der Nähe der Eisenbahn belegenen) Wege von dem Arbeitsmann Franz Pein aus Rellingen. Dieser, welcher David Brandt sehr gut gekannt, weil er vor einigen Jahren bei ihm gedient hat, will an dem Morgen, während er auf einer an den Kirchenfußsteig stoßenden Koppel seines Dienstherrn, des Pächters Sellmann in Thesdorf, pflügte, den Brandt gesehen haben, wie er in einer Entfernung von 50 — 60 Schritt von ihm raschen Schrittes den Kirchenfußsteig nach Rellingen ging. Es ist um und bei 8 Uhr gewesen, ob der Eisenbahnzug schon vorbei war, kann der Zeuge nicht sagen. Er hat damals gerade auf ihn zugepflügt und Brandt hat längs der Furche gesehen; begrüßt haben sie sich nicht, auch nicht mit einander gesprochen, wozu sie zu weit von einander entfernt gewesen sind. Der Zeuge hat damals

Digitized by Google

dem Dienstjungen Maas, welcher Kartoffeln hinter dem Pfluge sammelte, noch gesagt: „sieh, da geht David Brandt auch schon.“ Als er die Koppel hinaufgepflügt gehabt und umgekehrt ist, hat er nichts mehr von Brandt gesehen. Er beschreibt seine Kleidung dahin: daß er einen Rock von dunkler Farbe und eine platte Mütze getragen, die Hosen in den Stiefeln, einen Stock in der Hand und einen Bündel unterm Arm gehabt habe, dessen Aeußeres anscheinend gedrucktes Tuch gewesen sei.

Diese Aussage des Pein findet in den Angaben des seit Ostern 1861 confirmirten Dienstjungen Hans Hinrich Maas aus Eggerstedt ihre Bestätigung, welcher deponirt hat, daß er im Herbst 1861 am Morgen nach dem Pinneberger Markte (dem in Rede stehenden Morgen) mit Pein auf dem Sellmann'schen Lande, er mit Kartoffelsammeln, dieser mit Pflügen, beschäftigt gewesen sei, daß Jemand auf dem Fußsteig entlang nach Rellingen zu gegangen sei und Pein zu ihm gesagt habe, das sei David Brandt. Auch bestätigt der Pächter Sellmann nicht nur, daß an dem fraglichen Tage auf seinem Lande gepflügt worden ist, sondern ergiebt auch, daß sein Knecht ihm gleich, als die Gerüchte über Brandt's Verschwinden gekommen seien, erzählt, wie er den Brandt am Tage nach dem Markte auf dem Fußsteig gesehen, und dabei den Anzug desselben übereinstimmend mit den obigen Angaben beschrieben habe.

Dagegen liegen dafür, daß Brandt an dem Morgen auf dem andern über zwei Landstellen Hall und Stawedder längs der Landstraße führenden Wege gesehen worden ist, verschiedene Aussagen vor.

1) Der Brodträger Matt aus Bönningstedt, welcher jeden Tag mit Brod auf den Dörfern umhergeht, ist eines Morgens auf der Landstraße zwischen Hall und Stawedder dem David Brandt, welchen er sehr wohl gekannt hat, begegnet, er ist von Halstenbeck hergekommen und nach Rellingen zu gegangen; sie haben sich einander guten Morgen gesagt und so im Vorbeigehen noch ein Paar Worte mit einander gesprochen, daß es schönes Wetter sei. Seine Kleidung hat er nicht weiter beachtet, nur weiß er, daß er einen Rock angehabt und meint, daß er eine Mütze und die Hosen in den Stiefeln getragen hat. In der linken Hand hatte er einen Stock, unter dem rechten Arm ein in ein Tuch gewickeltes Bündel. Als die Zeit ihres Zusammentreffens giebt der Zeuge bei seiner Vernehmung vor der Landdrostei gegen 7 Uhr, bei seiner spätern gerichtlichen Vernehmung aber 7¼ Uhr an, indem er um 7 Uhr auf dem Stawedder, ungefähr 20 Minuten nach 7 Uhr auf dem Hall gewesen und in der Zwischenzeit die Begegnung geschehen sei. Daß die Begegnung am Morgen des Verschwindens des D. Brandt stattgehabt, weiß der Zeuge bestimmt aus dem Umstand, daß er am Donnerstag nach dem Pinneberger Jahrmarkt zuerst von seinem Verschwinden gehört und damals mit Sicherheit gewußt hat, daß er den Brandt erst einige Tage vorher und nicht vor dem Pinneberger Markte auf dem Wege getroffen hat, während anderweitig constirt, daß Brandt an dem Marktmorgen selbst zu Wagen nach der Pinneberger Mühle gewesen ist.

2) Die Ehefrau des Arbeitsmannes Wegener in Rellingen, deren Haus sich, wenn man von Stawedder kommt, unter den ersten Häusern des Dorfes befindet, hat am Morgen nach dem Pinneberger Jahrmarkt, während sie am Fenster saß und nähte, den D. Brandt, den sie sehr wohl gekannt hat, gesehen, wie er von Stawedder kommend bei ihrem Hause vorbei und nach Rellingen hineingegangen ist. Er trug damals einen Rock, den Stock in der rechten Hand, die Hose in den Stiefeln und eine Mütze auf dem Kopf; ob er etwas unterm Arm getragen, erinnert die Zeugin nicht. Ihre Uhr ist damals 8½ gewesen, aber sie geht reichlich früh und es ist nach ihrer Meinung wohl 8¼ gewesen, indem die Kinder erst vor Kurzem zur Schule waren.

3) Endlich ist der 19jährige Sohn des Wirthes Kunstmann, an dem fraglichen Dienstagmorgen, als er von einem Nachbarn Dieckmann einen Dreschflegel hat holen wollen, dem ihm wohlbekannten Brandt, welcher von der Rellinger Kirche herkam, begegnet. Ob er ein Bündel unterm Arm und die Hosen in den Stiefeln trug, erinnert der Zeuge nicht, sonst war er ganz wie die nachher ausgegrabene Leiche gekleidet und hatte eine schwarze Tuchmütze auf dem Kopf und einen Stock in der Hand. Brandt sagte ihm guten Morgen und er dankte, gesprochen haben sie weiter nicht mit einander. Er hat nicht gesehen, wo Brandt geblieben, ob er nach Pinneberg oder nach Thestorf zu (der letztere Weg führt an des Inculpaten Wohnung

Digitized by Google

vorüber) gegangen ist. Er meint, es müsse 8½ Uhr, gegen 9 Uhr, gewesen sein, als er dem David Brandt begegnet sei.

Da die beiden Wege ganz von einander getrennt sind, so daß man nicht auf einem Zwischenwege von dem einen zum andern gelangen kann, ist es eine auffällige Thatsache, daß der verschwundene Brandt an dem fraglichen Morgen nach den referirten Zeugenaussagen auf beiden Wegen nach Rellingen gehend gesehen worden ist. Man sieht sich zunächst zu der Frage aufgefordert, ob etwa eine Täuschung auf der einen oder andern Seite vorliege, da ein Zweifel daran, daß die Zeugen, welche sämmtlich ihre Aussagen beeidigt haben, sich bei der Beschaffung derselben in bona fide befunden haben, nicht als denkbar erscheint. Die Möglichkeit einer Täuschung scheint aber auf der Seite der zuletzt aufgeführten Zeugen völlig ausgeschlossen zu sein. Sie alle kennen den verschwundenen Brandt sehr wohl, sie haben seine Tracht im Wesentlichen übereinstimmend mit derjenigen beschrieben, welche er am Morgen seines Fortgangs getragen hat, zwei der Zeugen sind ihm in unmittelbarer Nähe vorübergegangen, der eine derselben hat mit ihm einen Gruß gewechselt, der andere eine kurze Unterhaltung gepflogen und auch nach der Zeit stimmen die Wahrnehmungen der Zeugen überein, indem immer derjenige Zeuge, welcher den Brandt in weiterer Entfernung von Halstenbeck gesehen hat, auch eine spätere Zeit für seine Wahrnehmung angiebt. Ist also eine Täuschung vorgekommen, so wird sie auf Seiten des Arbeitsmannes Pein liegen müssen, dessen Aussage auch als eine vereinzelte den Aussagen der drei andern Zeugen entgegensteht, da die Deposition des Dienstjungen Maas nur bestätigt, daß Pein an dem fraglichen Morgen den Brandt zu sehen geglaubt hat, selbstständig aber nichts dafür angiebt, daß der Mann, welcher damals vorübergegangen und von Beiden gesehen worden, der Hofbesitzer Brandt gewesen ist. Dennoch ist nicht zu verkennen, daß die Wahrnehmung des Pein eine große Garantie für ihre Richtigkeit in dem Umstande trägt, daß er den Hofbesitzer Brandt, bei welchem er Jahre lang gedient hat, sehr genau gekannt haben muß und daß er seine Tracht an dem Morgen in völlig zutreffender Weise beschrieben hat; denn darauf, daß er die Farbe des Bündels, in welchem Brandt damals die Säcke getragen, nicht ganz richtig angegeben hat, wird man in Berücksichtigung der Entfernung, aus welcher er Brandt gesehen haben will, so wie des Umstandes, daß der Zeuge natürlich kein Interesse hatte, auf die Farbe des Bündels weiter zu achten, kein Gewicht legen können. Auch kann man das Moment nicht urgiren, daß der von Pein gesehene Mann in einiger Entfernung vorübergegangen ist, denn die Entfernung von 50 bis 60 Schritten ist keine so große, daß sie dem richtigen Erkennen entgegenstände. Man wird daher immer nur sagen können, daß oft im Leben sehr wunderliche Täuschungen und Verwechslungen selbst bekannter Persönlichkeiten vorkommen, daß daher eine solche auch bei der Pein'schen Wahrnehmung nicht ausgeschlossen ist.

Will man aber eine mögliche Täuschung des Pein nicht annehmen, so läßt sich eine Vereinigung der verschiedenen Aussagen durch die Conjectur versuchen, daß Brandt auf dem Wege neben der Eisenbahn bis zu der Stelle, wo er von Pein gesehen worden und welche ungefähr auf der Hälfte des Weges liegt, gegangen, dann bald darauf umgekehrt sei und nun den auf der Landstraße entlang führenden Weg gewählt habe. Von der Brandt'schen Hofstelle nach Rellingen geht man nach Aussage der Brandt'schen Töchter in einer Viertelstunde; die beiden mehrfach erwähnten Wege sind nach dem Anschein wohl von gleicher Länge; man darf also annehmen, daß Brandt von seiner Hofstelle bis zu dem Punkt, wo er von dem Arbeitsmanne Pein gesehen sein soll, in der Hälfte einer Viertelstunde gelangen konnte. Mit Rücksicht auf die Zeit wäre es also immerhin möglich, daß Brandt, wenn er kurz nach 7 Uhr von seinem Hofe weggegangen, welche Annahme die in Betreff der Zeit seines Weggangs ziemlich unbestimmt lautenden Angaben der betreffenden Zeugen gestatten, erst auf dem Wege neben der Eisenbahn in der erwähnten Weise hin- und hergegangen und dann auf der Landstraße dem Brotträger Matt aus Bönningstedt zu der von ihm angegebenen Zeit begegnet ist. Dieser Conjectur steht aber zunächst die Zeitangabe des Pein entgegen, welcher den Brandt um und bei 8 Uhr gesehen haben will, während nach derselben diese Wahrnehmung kurz nach 7 geschehen sein müßte, welche Differenz doch

Digitized by Google

immer eine sehr erhebliche ist, wenn man auch die Zeitangabe des Pein, da ein auf dem Felde pflügender Knecht nicht so genau auf die Zeit zu achten pflegt, nicht als eine zuverlässige betrachten darf. Dann sieht man auch nicht, was den Brandt zum Umkehren auf dem einmal eingeschlagenen Wege hätte veranlassen sollen, zumal da er in Eile von seiner Hofstelle fortgegangen ist; daß er nach derselben wieder zurückgekehrt sei, ist nach Allem, was vorliegt, nicht anzunehmen.

Ein anderer eigenthümlicher Vereinigungsversuch der verschiedenen Aussagen ist von dem Vertheidiger des Inculpaten gemacht worden, welcher annimmt, daß Brandt an dem fraglichen Morgen von seinem Hause aus auf der Landstraße nach Rellingen gegangen und auf diesem Wege von Matt, der Ehefrau Wegener und Kunstmann gesehen sei, daß er aber nach der Begegnung mit dem Letzteren, weil er möglicher Weise beim Weggehen etwas, sei es das Mitnehmen von Geld oder das Verschließen eines Schrankes oder sonst etwas, vergessen gehabt, wieder nach Halstenbeck zurückgekehrt sei, dazu aber nicht die Landstraße, sondern den andern neben der Eisenbahn belegenen Fußsteig gewählt habe, daß er dann, nachdem er sein Haus wieder verlassen, auf diesem letzteren Wege wieder in der Richtung nach Rellingen fortgegangen und bei dieser Gelegenheit von dem Arbeitsmann Pein, dem er auf der Rückkehr nach seinem Hause unbemerkt geblieben, gesehen worden sei. Die Kritik dieser Hypothese, welche mit einer versuchten Nachweisung eines alibi des Inculpaten im Zusammenhang steht, muß späterer Erörterung vorbehalten bleiben.

Man wird mit dem Untersuchungsgericht den Umstand, daß der Hofbesitzer Brandt auch von dem Arbeitsmann Pein gesehen sein soll, als einen räthselhaften bezeichnen müssen, aber zugleich die Ueberzeugung aussprechen dürfen, daß derselbe nicht geeignet ist, irgend welchen Zweifel an der Richtigkeit der Thatsache zu erregen, daß Brandt an dem fraglichen Morgen auf der Landstraße nach Rellingen gegangen und auf diesem Wege von den mehrgenannten drei Personen gesehen worden ist. Es handelt sich nur darum, die Zeit der verschiedenen Wahrnehmungen zu constatiren, da hier, wie dies nach der Natur solcher Beobachtungen und besonders auch wegen der auf dem Lande sehr gewöhnlichen Ungleichheit des Ganges der Uhren wohl erklärlich ist, erhebliche Differenzen sich finden. Während nämlich Brandt nach der Angabe seiner Töchter und der beiden Nachbarsfrauen jedenfalls vor $7\frac{1}{2}$ Uhr ausgegangen ist und es hiemit in Einklang zu bringen ist, daß der Brotträger Matt ihm in nicht weiter Entfernung von seinem Hause um $7\frac{1}{4}$ Uhr begegnet sein will und während der ganze Weg von Halstenbeck und Rellingen von einem tüchtigen Fußgänger, wie Brandt es gewesen, in einer Viertelstunde zurückgelegt wird, meint die Wegener ihn um $8\frac{1}{4}$, der junge Kunstmann (wenigstens nach seiner ersten Angabe) ihn um $8\frac{1}{2}$ Uhr gesehen zu haben. Es fragt sich, welche Angaben hier die glaubwürdigeren sind und es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß die überwiegende Wahrscheinlichkeit auf Seiten der ersteren ist. Hier deponiren zunächst vier Personen übereinstimmend, von denen zwei die nächsten Verwandten des Verschwundenen, zwei seine Nachbarinnen sind, welche alle also sofort, als das Verschwinden desselben aufgefallen war, sich haben aufgefordert sehen müssen, sich auf das Genaueste aller Nebenumstände seines Weggangs zu erinnern, und der Brotträger Matt ist ein Mann, dessen Gewerbe, wie es täglich in derselben Weise von ihm betrieben wird, ihn zu einem gewissen Achten auf die Zeit veranlassen muß. Auf der anderen Seite hatte die Ehefrau Wegener, als sie, mit ihrer Arbeit beschäftigt, den Brandt am Fenster vorübergehen sah, keine Veranlassung, weiter auf die Zeit zu achten; ihre Uhr ging, wie sie selbst sagt, verkehrt und sie weiß ihre Schätzung der Zeit nur darauf zu gründen, daß die Kinder vor Kurzem zur Schule gegangen wären, was keinen sichern Anhalt giebt. Der junge Kunstmann endlich hat seine Angabe nur als ein bloßes Dafürhalten hingestellt und, wie es scheint, keine weiteren Momente beizubringen vermocht, die als Anhaltspunkt dienen können, übrigens ist er auch so wenig sicher in seiner Angabe, daß er bei seiner letzten Vernehmung übereinstimmend mit seinem Bruder behauptet hat, daß es kurz vor 8 Uhr gewesen sei, als sie mit dem Dreschen, wozu er eben den Flegel, als er dem Brandt begegnete, holen wollte, begonnen hätten. Wenn nun aber hiernach die Angaben der zuerst erwähnten Zeugen den Vorzug verdienen, so ergiebt sich daraus in Berück-

Digitized by Google

sichtigung der Länge des Weges die Folge, daß Brandt an dem fraglichen Morgen wahrscheinlich schon um 7½ Uhr in Rellingen eingetroffen sein wird.

An demselben Morgen erschien der Inculpat Kuhlmann auf seiner Nachbarschaft, um seine verlorenen Hühner zu suchen. Er kam zu dem Ende zunächst zu dem Wirthe Kunstmann. Wie die Ehefrau desselben angiebt, trat er zu ihr in die Küche und sagte, daß er seine Hühner suche, worauf sie zusammen nach dem Hofe gingen, aber die Hühner nicht sehen konnten. Dann ging Inculpat mit ihr in die Stube, wo ihr Mann in einer daran stoßenden Schlafkammer noch im Bette lag. Diesen fragte er, ob er noch im Bette läge, worauf Kunstmann erwiderte: „ich dachte, Du wärest auch noch nicht aufgestanden." Inculpat sagte dann: er würde auch noch schlafen, wenn er nicht David Brandt erwartete, der wolle zu ihm und die Sichtkiste bei dem Bäcker Lahmann kaufen, wobei er noch erwähnte, er hätte zu Brandt gesagt, daß die Kiste wohl beim Hause bleiben müsse und nicht allein verkauft werden könne, da es bei Lahmann nahe vor'm Concurs stehe. Er erzählte dann manches vom Pinneberger Markt und es wurde darüber gesprochen. Nach Meinung der Zeugin ist Inculpat reichlich eine Stunde dort gewesen. Ihr Mann stand in seiner Gegenwart auf, trank Kaffee und fuhr dann zu Felde. Inculpat blieb noch eine Zeitlang da und sprach mit ihren beiden Söhnen, die auf der Diele beim Dreschen waren. Dann sagte er, er wolle mal zu Mutter Bandholz, um zu sehen, ob seine Hühner dort seien, und verließ das Haus durch die Vorderthür. Uebereinstimmend mit seiner Ehefrau ist von dem Wirthe Kunstmann über seine Unterhaltung mit dem Inculpaten deponirt worden.

Dieser erschien dann bei dem Bäcker Bandholz, wo er, da dieser selbst schlief, nur die Ehefrau traf. Nach Angabe dieser war es zwischen 9 und 10 Uhr, möglicher Weise aber auch vor 9 Uhr, als er zu ihr in die Stube trat. Er sagte guten Morgen, sie fragte ihn, ob er schon vom Markte ausgeschlafen hätte, und er gab ihr zur Antwort, er wäre zur rechten Zeit aufgestanden und würde wohl schon auf Arbeit sein, wenn er nicht auf David Brandt gelauert hätte; er solle mit diesem zu Lahmann und die Sichtkiste besehen; sie wisse wohl, daß Brandt immer allerlei kaufen wolle. Kuhlmann setzte sich dann und fing an, von seinen Hühnern zu sprechen, die weg seien. Auf den Vorschlag der Bandholz ging er mit ihr hinaus, um nachzusehen, aber die Hühner fanden sich nicht und Inculpat entfernte sich wieder; nach ihrer Meinung hat er wohl eine halbe Stunde bei ihr gesessen.

Da es hienach vorliegt, daß der Inculpat, nachdem er an dem Morgen seine Wohnung verlassen, eine geraume Zeit ununterbrochen auf der Nachbarschaft gewesen ist (er selbst giebt nur an, daß er, nachdem er die Hühner bei Kunstmann nicht gefunden, einen Augenblick wieder nach seiner Wohnung gegangen sei, um seiner Frau zu sagen, daß die Hühner nicht bei Kunstmann wären, was diese Letztere bestätigt), so ist es für die Untersuchung von dem wesentlichsten Interesse, zu constatiren, ob und wie lange David Brandt von dem jungen Kunstmann schon in dem Dorfe Rellingen gesehen worden ist, ehe der Inculpat an dem Morgen nach dem Kunstmann'schen Hause gekommen ist, da, wenn die Begegnung der Beiden erst nach diesem Zeitpunkt stattgehabt hätte, für den Inculpaten ein erwiesenes alibi vorliegen würde.

Der Inculpat hat denn auch in der ganzen Untersuchung beharrlich an der Behauptung festgehalten, daß er, nachdem er in das Kunstmann'sche Haus gekommen sei, den Heinrich Kunstmann habe fortgehen sehen, um den Dreschflegel von Dieckmann zu holen, auf welchem Wege er dem Brandt begegnet ist; seine Erzählung geht im Wesentlichen dahin: als er in Kunstmann's Haus durch die Seitenthür getreten und dann durch die Küche in die Wohnstube gegangen sei, wären die beiden Kunstmann'schen Söhne allerdings auf der Diele beschäftigt gewesen, aber sie hätten noch nicht gedroschen. Er habe von der Wohnstube aus durch das Fensterschap gesehen, daß sie die Diele abgefegt, Korn vom Boden herabgeworfen, eine Reihe gemacht und dann zu dreschen angefangen hätten. Er habe auch (wie er meine, durch beide Fenster der Wohnstube) gesehen, daß Heinrich Kunstmann inzwischen einmal vorne aus der Hausthür gekommen und weggegangen sei, wobei er noch bei sich gedacht, was der wohl wolle; zurückkommen habe er ihn übrigens nicht gesehen; später habe er gehört, daß derselbe unterwegs dem David Brandt begegnet sei.

Digitized by Google

Diese Behauptungen des Inculpaten fanden zuerst in der Aussage der Ehefrau Kunstmann eine Bestätigung, indem diese vor der Landdrostei deponirte: während Kuhlmann bei ihnen gewesen, sei ihr Sohn im Dorfe ausgewesen und habe bei dieser Gelegenheit David Brandt im Dorfe gesehen; als dieser Sohn mit dem andern Sohn angefangen habe zu dreschen, sei Kuhlmann noch bei ihnen im Hause gewesen und erst weggegangen, als diese zum zweiten Mal herumgedroschen hätten, und hätte Kuhlmann ihre Söhne, wie sie gehört habe, geneckt, indem er gesagt: das Dreschen wäre wohl heute nicht angenehm.

Aber schon bei ihrer ersten Vernehmung vor dem Landgericht erklärte die Ehefrau Kunstmann, daß ihre vor der Landdrostei ausgesprochene Annahme (wonach der Inculpat schon bei ihnen gewesen, als ihr Sohn dem David Brandt begegnet) eine bloße von ihr geäußerte Vermuthung gewesen sei, welche sie nach näherer Ueberlegung der Sache für eine irrige halten müsse. Als Kuhlmann in ihr Haus gekommen, seien ihre beiden Söhne schon auf der Diele beschäftigt gewesen, wenn sie nicht schon gedroschen, hätten sie doch schon das Dreschen vorbereitet.

Bei dieser Behauptung ist die Zeugin im ganzen späteren Verlauf der Untersuchung und namentlich in der Confrontation mit dem Inculpaten geblieben; sie hat hervorgehoben, daß sie selbst gar nicht gesehen habe, wie ihr Sohn zu Dieckmann gegangen sei, um den Dreschflegel zu holen, daß sie Anfangs ein späteres Ausgehen desselben an dem fraglichen Morgen mit jenem ersten Ausgehen verwechselt habe und daß sie zu dieser Verwechslung von dem Inculpaten selbst verleitet worden sei, als er öfters mit ihr über die Sache (den gegen ihn entstandenen Verdacht der Ermordung des Brandt) gesprochen und dann bemerkt habe, er könne es ja nicht gethan haben, weil er in ihrem Hause gewesen, als Heinrich weggegangen sei, um den Dreschflegel zu holen. Die Zeugin bemerkt, daß bei diesen Gesprächen mit dem Inculpaten (bei denen ihre Söhne nicht zugegen gewesen sind) Alles wenig genau genommen sei, daß aber später ihr Sohn Heinrich, als er danach gefragt worden, gleich gesagt habe, er habe den Dreschflegel schon Morgens geholt, ehe Kuhlmann herübergekommen sei.

Damit stimmt auch die Darstellung der Gebrüder Kunstmann vollkommen überein. Nach Angabe des Heinrich Kunstmann luden die Beiden an dem Morgen nach dem Aufstehen zuerst Dünger auf den Wagen, tranken Kaffee und reinigten dann gemeinschaftlich die Diele, weil sie dreschen wollten. Als die Diele rein war, stieg sein Bruder auf den Boden, um abzuwerfen, während er selbst zu Dieckmann ging, um sich einen Dreschflegel zu holen. Auf dem Hinwege begegnete er dem David Brandt, holte den Dreschflegel und kehrte nach Verlauf von etwa 10 Minuten zurück, worauf sie gleich zu dreschen begannen, indem sein Bruder in der Zwischenzeit damit fertig geworden war, abzuwerfen und eine Reihe zu machen. Beide Brüder sind völlig darin einverstanden, daß sie schon gedroschen, als sie gehört hätten, daß Kuhlmann in der Küche bei ihrer Mutter gewesen sei, gleich darauf sei er in der Stube gewesen, sie hätten ihn dort sprechen hören und auch durch das Fensterschap gesehen. Als die Brüder schon einmal herumgedroschen gehabt, ist, wie Heinrich Kunstmann und seine Mutter übereinstimmend bezeugen, derselbe von ihr zu dem Höker Tenner geschickt worden, da sie sonst Keinen zum Schicken gehabt; er ist damals vorn aus der Thür gegangen, während Inculpat noch in der Wohnstube gewesen ist.

Da die drei Zeugen ihre Aussage beeidigt haben, kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Inculpat noch nicht in dem Kunstmann'schen Hause gewesen ist, als Heinrich Kunstmann ausging, um den Dreschflegel zu holen, und auf diesem Wege dem David Brandt begegnete und daß, wenn er ihn überhaupt hat ausgehen sehen, dies bei seinem zweiten Ausgehen (zu dem Höker Tenner) geschehen sein muß.

Ueber die Zeit, wann er bei Kunstmann eingetroffen, variiren die Angaben des Inculpaten. Während er Anfangs davon spricht, daß es ungefähr 7¾, 7½ oder gegen 8 Uhr gewesen sei, hat er später behauptet, daß er um 7 Uhr aufgestanden sei und Kaffee getrunken habe, nach dem Kaffeetrinken aber, welches keine halbe Stunde daure, zu Kunstmann's gegangen sei, hier also spätestens 7¼ Uhr angekommen sein könne. Von den Bewohnern des Kunstmann'schen Hauses hat nur die Ehefrau Kunstmann eine bestimmtere Angabe über die Zeit der Ankunft des In-

Digitized by Google

culpaten zu beſchaffen vermocht, welche dahin geht, daß es um und bei 8 Uhr, ziemlich wenig nach 8 Uhr, geweſen ſein müſſe und von ihr darauf geſtützt wird, daß ihre Kinder, welche ſie an dem Morgen, weil ſie in Folge des Pinneberger Marktes ſpät aufgeſtanden, noch ſo angetrieben habe, ſchleunig zu machen, weil die Schule gleich angehe, ſchon etwas zur Schule fortgeweſen ſeien. Der Inculpat hat dieſer Angabe die Behauptung entgegengeſtellt, daß die Kinder noch nicht zur Schule geweſen, er ſie noch im Hauſe geſehen habe; die Ehefrau Kunſtmann aber iſt auf ihrer Angabe beharrt und auch ihr Mann hat den Glauben ausgeſprochen, daß die Kinder, welche er nicht geſehen habe, ſchon zur Schule geweſen ſeien. Die Söhne haben bei ihren wirthſchaftlichen Beſchäftigungen nicht weiter auf die Zeit geachtet, doch ergiebt ihre Ausſage, daß der ältere Bruder Chriſtian Friedrich dem Heinrich, als er mit dem Dreſchflegel zurückgekommen, noch Vorwürfe darüber gemacht hat, daß er ſo lange weggeblieben ſei.

Nimmt man nun an, daß nach dem Obigen der Hofbeſitzer Brandt um 7½ Uhr in Rellingen eingetroffen ſein wird, daß der Inculpat nach der Angabe der Ehefrau Kunſtmann nach 8 Uhr in ihr Haus gekommen iſt und daß auch nach den Angaben der Kunſtmann'ſchen Söhne zwiſchen dem Zuſammentreffen des Heinrich Kunſtmann mit Brandt und dem Beginn des Dreſchens ein nicht unerheblicher Zeitraum zu liegen ſcheint, da Chriſtian Friedrich Kunſtmann, welchem das Ausbleiben des Bruders als ein übermäßig langes vorgekommen war, in dieſer Zeit das Geſchäft des Herabwerfens des Korns und des Anlegens zum Dreſchen beſorgt hatte, dazu aber auch nichts zu der Annahme nöthigt, daß der Inculpat ſofort, nachdem Heinrich Kunſtmann mit dem Dreſchflegel zurückgekehrt war und das Dreſchen eben begonnen hatte, ins Haus getreten ſei, ſo erſcheint, ſoweit überhaupt ſolche Zeitſchätzungen auf Zuverläſſigkeit Anſpruch machen können, die Annahme als gerechtfertigt, daß zwiſchen dem Eintreffen des Ermordeten in Rellingen und dem Erſcheinen des Inculpaten in dem Kunſtmann'ſchen Hauſe ein nicht unbedeutender Zeitraum, mindeſtens eine halbe Stunde, gelegen iſt, welcher Punkt für die Frage, ob der Zeit nach von dem Inculpaten das Verbrechen hat verübt werden können, von weſentlicher Relevanz iſt.

Bevor nun die einzelnen für die Schuld des Inculpaten ſprechenden Indicien dargelegt werden, wird es richtig ſein, die Angaben deſſelben über ſein ganzes Treiben an dem Tage, an welchem die Ermordung geſchehen, zuſammenzuſtellen und zu erörtern.

Inculpat iſt ſeinen erſten Behauptungen zufolge an dem Morgen ſpäter als ſeine Frau aufgeſtanden, die ihn mit dem Bemerken, daß es ſchon ſo ſpät ſei, geweckt hat, um 7 oder 7½ Uhr, worauf ſie Kaffee getrunken haben. Da ſeine Frau ihn beim Aufſtehen aufgefordert hatte, auf der Nachbarſchaft ihre Hühner zu ſuchen, welche ihr Dienſtmädchen am vorhergehenden Abend draußen gelaſſen hatte, iſt er unmittelbar vom Kaffeetrinken zu Kunſtmann gegangen, dann, wie ſchon erwähnt zu Bandholz, von wo er zwiſchen 11 und 12 Uhr kurz vor Mittag nach Hauſe gekommen iſt. Vor dem Eſſen iſt er nicht aus der Stube geweſen, wo ſeine Frau ihm ein Kind zum Warten gegeben hat. Nach dem Eſſen hat er 1 oder 1½ Stunden auf dem Boden in einer dort ſtehenden Bettſtelle geſchlafen; dann am Nachmittag mit dem Mädchen bis zum Dunkelwerden Kartoffeln ausgeſammelt, worauf das Abendbrod gegeſſen worden iſt. Dann iſt er zwiſchen 6 und 7 Uhr zu dem Butterhändler Boll in Rellingen gegangen, um ein gekauftes Schaaf zu bezahlen; er will von hier um 8 oder 8½ Uhr zurückgekommen ſein. Nachdem er dann noch kurze Zeit ein Kind gewartet, iſt er bald darauf mit ſeiner Frau zu Bett gegangen.

Mit dieſer Darſtellung des Inculpaten ſtimmt die ſeiner Ehefrau im Weſentlichen überein, nur in einigen Zeitangaben iſt ſie abweichend. Sie meint, daß ſie gegen 7½ Uhr aufgeſtanden ſeien und ihr Mann gegen 8½ Uhr ausgegangen ſei, um die Hühner zu ſuchen, daß er gegen 11 Uhr zurückgekommen, daß er am Abend zwiſchen 7 und 8 Uhr zu Boll gegangen und von dort um 9 Uhr zurückgekehrt ſei.

Inculpat iſt auch im weitern Verlauf der Unterſuchung nicht feſt bei ſeinen Behauptungen geblieben. Nachdem ihm von der Ehefrau Bandholz vorgehalten war, daß er zwiſchen 9 und 10 Uhr zu ihr gekommen und höchſtens ¾ Stunden bei ihr geblieben ſei, hat er erklärt, dagegen nicht ſtreiten zu wollen, da er die Zeit nicht ſo genau erinnern könne, und nachdem ihm von den Eheleuten Boll vorgehalten worden, daß er

Digitized by Google

an dem Abend eine Viertel- höchstens eine halbe Stunde bei ihnen gewesen sei, hat er auch hiergegen nichts zu erinnern gefunden, da es so lange her sei und man in der Zeit sich irren könne.

Das Dienstmädchen des Inculpaten Anna Köckenhoff meint, daß sie etwa 5½ Uhr aufgestanden und Inculpat damals schon aufgewesen sei, welchen sie vor dem Kaffeetrinken einmal in der Küche gesehen habe. Sie erinnert auch, daß sie draußen vor der Hinterthür ein Kissen zum Trocknen aufgehängt, als Inculpat sie gefragt hat, ob sie die Hühner nicht gesehen; sonst erinnert sie nicht, ihn am Morgen gesehen zu haben, hat namentlich nicht bemerkt, daß er zu Kunstmann und zu Bandholz gegangen und von dort wiedergekommen ist. Erst am Mittag hat sie ihn wiedergesehen. Sie bestätigt, daß er am Nachmittag einige Zeit mit ihr auf dem Boden Kartoffeln ausgesammelt, wobei er noch mit ihr über den Markt gescherzt hat, weiß auch, daß er am Abend ausgewesen ist und will ihn weder bei dem Abendessen noch später am Abend wiedergesehen haben. Die Angaben dieses Mädchens lauten so unbestimmt, daß daraus weder eine Bestätigung noch eine Widerlegung der Behauptungen des Inculpaten zu entnehmen ist. Noch mag bemerkt werden, daß sie an dem Morgen einmal gehört haben will, daß Inculpat gesagt hat, David Brandt wolle kommen, der käme aber ja nicht, sie erinnert aber nicht, zu wem, ob zu ihr oder zu seiner Frau, wann und wo und bei welcher Gelegenheit er es gesagt hat.

Wendet man sich nun zu den einzelnen den Inculpaten der Ermordung des David Brandt bezüchtigenden Anzeigen, so kommt als solche

1) und hauptsächlich in Betracht, daß die Leiche des Ermordeten in dem Garten des Inculpaten verscharrt gewesen ist und daß es sich nach den vorliegenden Ermittelungen als erwiesen betrachten läßt, daß der Inculpat selbst sie dort, und zwar höchstwahrscheinlich in der Nacht nach dem Verschwinden des Brandt, vergraben hat.

Der Garten des Inculpaten erstreckt sich in einer Breite von 29—36 Fuß und einer Länge von 248 Fuß von dem Hause bis zur Mühlenaue, grenzt an der einen Seite an die nach Thestorf führende Dorfstraße, von welcher er bis auf eine kurze Strecke unten an der Aue, wo ein todter Zaun vorhanden, durch eine lebendige Hecke getrennt ist, an der andern Seite ohne weitere Befriedigung, als einen Graben, an die Dittmer'sche Wiese, zu welcher der Garten früher gehört hat und von welcher er nur dadurch sich sondert, daß eine Erhöhung des Gartenterrains stattgefunden hat. In der lebendigen Hecke unmittelbar an dem Wohnhause befindet sich eine auf die Dorfstraße führende Gartenpforte. Die Grube, in welcher die Brandt'sche Leiche gelegen hat, ist, wie schon früher erwähnt worden, 155 Fuß vom Hause entfernt; es steht dort in geringer Entfernung vom Zaun ein kleiner Apfelbaum. In einer Breite von circa 9 Schritt hat sich dort vom Sommer her ein kleines Erbsenbleek befunden, von welchem die Erbsen, welche ungefähr Mitte September aufgezogen worden sind, in den kleinen Apfelbaum gerankt haben, innerhalb dieses Bleeks ist die Stelle, wo die Leiche gelegen hat.

Es hat nun zunächst die in der Nähe des Inculpaten wohnende Ehefrau Memleb, welche auf ihre Aussage beeidigt worden, bezeugt, daß sie gleich nach dem Verschwinden des David Brandt eines Tags von dem hinter ihrer Wohnung liegenden Garten aus gesehen, wie der Inculpat in der Gegend, wo später die Leiche gefunden, also mitten in seinem Garten, mit Graben beschäftigt gewesen ist. Er war allein und in Hemdsärmeln und grub eine Strecke des Gartens um, die wohl zwei Erbsenbeete breit war, wobei er oben an der dem Hause zunächst gelegenen Seite anfing und dann nach der Aue hinuntergrub.

(Die Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

20. Stück. — Den 16. Mai 1864.

Entscheidungen in Lauenburgischen Sachen.

Bedingter Mandatsproceß auf eine eingereichte Rechnung.

(Von dem Hrn. Gerichtshalter Sachau in Ratzeburg mitgetheilt.)

In Sachen des Productenhändlers Beckmann in Kuhlrade, Imploranten,

wider

den Maurergesellen Schwarz in Ratzeburg, Imploraten, wegen Forderung,

hatte Implorant auf eine eingereichte Rechnung über gelieferte Victualien ꝛc. ein bedingtes Mandat erwirkt. Implorat brachte Einreden nicht vor, das abgegebene Mandat wurde purificirt und nach abermals verstrichener Frist Execution erkannt. Hierwider remonstrirte Implorat, indem er ausführte: Voraussetzung des bedingten Mandatsprocesses sei, daß der Klaggrund wenigstens einigermaaßen bescheinigt werde und daß Einreden wenigstens unwahrscheinlich seien. Weder im Allgemeinen noch in diesem Fall sei eine Rechnung genügende Bescheinigung, vorliegenden Falls sei überdies die Wahrscheinlichkeit, daß Implorat Einreden habe, auf der Hand liegend. Die hierauf begründete exceptio non rite formati processus sei auch nach decretirter Execution noch zulässig.

Gebeten wurde, den Imploranten mit der in summario eingebrachten Klage abzuweisen, event. Restitution gegen die bezüglich der Einreden erkannte Präclusion zu ertheilen.

Der Ratzeburger Magistrat erkannte:

daß,

da observanzmäßig hieselbst in einfachen Schuldsachen der bedingte Mandatsproceß zulässig, eine Beschwerde darin auch für den Schuldner nicht enthalten ist, weil derselbe durch rechtzeitige Verhandlung seiner Einreden den erkannten bedingten Mandatsproceß in das gewöhnliche Civilverfahren hinüber leiten kann, Implorat aber jene ihm bestimmte Frist nicht allein ungenützt verstreichen hat lassen, sondern auch noch gegenwärtig keine Einreden verhandelt, vielmehr sich nur darauf beschränkt hat, die Wahrscheinlichkeit vorhandener Einreden anzudeuten,

da ferner —

der Ungehorsam, wegen dessen die Execution erkannt worden, keinen Restitutionsgrund abgeben kann, die behauptete Rusticität nicht begründet ist,

der Implorat mit seiner Vorstellung abzuweisen.

Hierwider appellirte der Implorat an das Hofgericht und erfolgte von dieser Instanz folgender Bescheid.

In Erwägung, daß von einer Observanz, durch welche eine für den fraglichen Rechtsstreit an sich unzulässige Proceßart zulässig werden konnte, nicht die Rede sein kann;

in Erwägung, daß, da die Forderung des Imploranten allein auf einer ohne alle weitere Bescheinigung beigebrachten Rechnung beruht, mithin weder der Grund der Klage noch der Mangel der Einreden auch nur irgend wahrscheinlich gemacht worden ist, alle diejenigen Umstände, welche zur Wahl des bedingten

Digitized by Google

Mandatsproceſſes und von Seiten des Richters zur Erlaſſung eines bedingten Zahlungsbefehls erforderlich ſind, mangeln, mithin die Erlaſſung eines ſolchen, wie geſchehen, gänzlich ungerechtfertigt erſcheint;

in Erwägung, daß, falls, wie hier vorliegt, unrichtigerweiſe vom Kläger der bedingte Mandatsproceß gewählt iſt, es in der Wahl des Richters ſteht, ob er die Imploration wegen unrichtig gewählter Proceßart ſofort angebrachtermaaßen abweiſen oder dadurch, daß er die Imploration dem Gegner lediglich zur Vernehmlaſſung mittheilt, den Proceß in den Weg des ordentlichen Proceſſes einleiten will, und daß dieſe Wahl dem Richter noch in jeder Lage des Proceſſes freiſteht;

in Erwägung, daß, ſelbſt wenn, wie hier vorliegt, bereits ein unbedingtes Mandat erkannt und inſinuirt iſt, dem Beklagten ſelbſt bis zum Vollzuge der Execution die exceptio sub- et obreptionis, namentlich die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart annoch mit Erfolg einzubringen, zuſteht;

in Erwägung, daß es daher für den Imploraten keiner Reſtitution bedarf, um ſolche Einrede annoch zu benutzen;

in Erwägung mithin, daß die Beſchwerden des Appellanten nicht unbegründet erſcheinen;

durch den in Abſchrift angeſchloſſenen Beſcheid vom heutigen Tage gegenwärtiges

Rescriptum de Emendando

hat erkannt werden müſſen, ſo geben wir dem Magiſtrate auf, unter Aufhebung des Beſcheides vom 30. Juli d. J. entweder:

die Imploration wegen unrichtig gewählter Proceßart angebrachtermaaßen abzuweiſen,

oder:

unter Aufhebung des Zahlungsmandats vom 2. Mai und 17. Juni d. J. den Weg des ordentlichen Proceſſes einzuleiten und zu dieſem Zwecke dem Beklagten aufzugeben, ſeine Vernehmlaſſung auf die Imploration einzubringen.

Ratzeburg, den 23. October 1861.

Königliches Hofgericht des Herzogthums Lauenburg.

Implorat querulirte an das Oberappellationsgericht, welches mittelſt nachſtehenden Erkenntniſſes den Beſcheid des Magiſtrats wieder herſtellte.

Frederik der Siebente &c.

In Sachen — — — — — — — — — — — — — —

wird, nach eingezogener Vernehmlaſſung des Querulaten und erſtattetem Bericht des Hofgerichts, unter Mittheilung einer Abſchrift dieſer Vernehmlaſſung an den Querulanten und einer Abſchrift des Berichts an beide Parteien,

in Erwägung, daß, nachdem durch das Decret des Ratzeburger Magiſtrats vom 19. März v. J. dem Imploraten, jetzt Querulaten, aufgegeben worden war, die eingeklagte Schuld nebſt Zinſen binnen vier Wochen, a dato decreti angerechnet, zu berichtigen oder zuläſſige Weigerungsgründe bei Verluſt derſelben auszuführen, und nachdem in der vorgeſchriebenen Friſt weder das Eine noch das Andere geſchehen war, durch Decret vom 26. Mai v. J. der Implorat mit ſeinen Einreden präcludirt und ihm unbedingt aufgegeben worden iſt, die eingeklagte Schuld nebſt Zinſen binnen vier Wochen zu berichtigen, worauf ſpäter auf ferneren Antrag des Imploranten noch ein die Execution androhender Befehl vom 17. Juni v. J. gefolgt iſt; daß dem Contumacialerkenntniſſe vom 2./6. Mai v. J. aber die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils beizulegen iſt und der erſt ſpäter aus dem Mangel zureichender Beſcheinigung entnommene Einwand gegen das Verfahren keine Berückſichtigung finden konnte, mithin das von dem Hofgericht, an welches die Sache ſpäter auf dem Wege der Appellation gelangte, erlaſſene rescriptum de emendando vom 23. October v. J., wodurch mittelbar auch jenes Contumacialerkenntniß beſeitigt worden, als contra rem judicatam verſtoßend, für rechtsbeſtändig nicht erachtet werden kann,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das rescriptum de emendando des Hofgerichts vom 23. October v. J. wieder aufzuheben und der dadurch beſeitigte Beſcheid des Ratzeburger Magiſtrats vom 30. Juli v. J. wieder in Kraft zu ſetzen ſei, unter Vergleichung der Koſten dieſer Inſtanz.

Der eventuelle Antrag des Querulaten auf Reſtitution iſt, da hierüber vom Hofgericht nicht entſchieden worden, für hierher erwachſen nicht zu erachten.

Digitized by Google

Die Kosten der Vernehmlassung sind auf 3 ℛ 33 ß festgestellt worden.

Von Rechts Wegen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 23. August 1862.

Criminalfälle.

Raubmord.

(Fortsetzung.)

Bei ihrer ersten Vernehmung konnte die Zeugin weder den Tag ihrer Wahrnehmung weiter, als daß es gleich nach Brandt's Verschwinden gewesen sei, noch auch die Tageszeit genauer erinnern; aber schon bald darauf erklärte sie dem Gericht: je mehr sie darüber nachdenke, desto sicherer werde sie darin, daß es am zweiten Tage nach dem Pinneberger Markt, also am Mittwoch, und zwar des Vormittags gewesen sei, als sie Kuhlmann in der fraglichen Richtung habe graben sehen. Daß er in weißen Hemdsärmeln gewesen sei, erinnere sie so deutlich, als wenn sie ihn jetzt dort stehen sähe. Es müsse um 8 oder 8½ Uhr gewesen sein, denn sie pflege immer, wenn sie ihr Haus rein habe, was um diese Zeit sei, nach dem Garten zu gehen, und erinnere auch, daß sie noch bei sich gedacht habe, daß der Mann schon so früh in weißen Hemdsärmeln im Garten grübe. Als sie ihn gesehen, habe er schon circa 4 Fuß breit umgegraben gehabt und es hätten die schwarzen Schollen über die ganze Breite des Stücks, vom Zaun bis an den Fußsteig am Graben, gelegen.

Bei dieser Angabe ist die Zeugin, welche nur in einem späteren Verhör einmal die Meinung geäußert hat, daß es um 7 oder 8 Uhr Morgens gewesen sei, fortwährend und trotz des ihr entgegen getretenen Widerspruchs des leugnenden Inculpaten verblieben, indem sie noch insbesondere hervorgehoben hat, daß das Arbeiten des Inculpaten in weißen Hemdsärmeln ihr aufgefallen sei und sie noch bei sich gedacht habe, daß er diese wohl noch vom Markt her hätte. Sie will auch einen Augenblick still gestanden und zugesehen haben, wohl so lange, daß Kuhlmann 5 bis 6 Spitt gegraben habe.

Die Aussage dieser Zeugin ist für die Untersuchung von der wesentlichsten Bedeutung, da sie die einzige ist, welche unmittelbar den Umstand bezeugt, daß der Inculpat am Morgen nach dem Verschwinden des David Brandt in seinem Garten gegraben hat. Ihre Glaubwürdigkeit unterliegt keinem Zweifel; es kann namentlich nicht der Umstand, daß sie sich erst bei genauerem Nachsinnen des Details ihrer Wahrnehmung erinnerte, gegen ihre Aussage geltend gemacht werden, da es eine bekannte Erscheinung ist, daß der specielle Hergang eines in der Vergangenheit liegenden Ereignisses erst durch sorgfältiges Nachsinnen wieder ins Gedächtniß tritt. Ihre spätere Angabe aber ist in der bestimmtesten Weise mit Hervorhebung specieller Momente, an welche die Erinnerung der Zeugin sich anschließt, beschafft; zudem ist nicht daran zu zweifeln, daß die Zeugin, ohne sich zu täuschen, das Graben des Inculpaten an der in Rede stehenden Stelle beobachten konnte, da ihr damaliger Standpunkt nach der dem Gericht gegebenen Bezeichnung nur etwa 80 bis 100 Schritt von der Brandt'schen Grube entfernt und die Aussicht von dort nach dem Garten des Inculpaten durch nichts behindert war.

Zu dieser Aussage tritt nun weiter die des Polizeireuters Meggersen hinzu. Dieser Zeuge war am Freitag den 25. October Nachmittags zum ersten Male an der Aue gewesen, in welcher damals nach der Leiche des David Brandt gesucht war. Vorher schon, nach seiner Angabe am selben Nachmittag, hatte der Schneider Brandt, der Bruder des Ermordeten, ihm den Verdacht mitgetheilt, welcher gegen den Inculpaten in ihm aufgestiegen war, es hatte ferner an dem Nachmittag an der Aue, wie Meggersen angiebt und die Ehefrau Memleb, welche dies Gespräch gehört hat, bestätigt, ein Nachbar des Inculpaten, der alte Bandholz, ihm von dessen Graben in seinem Garten erzählt und dabei hervorgehoben, daß dies Graben in der Mitte des Gartens geschehen sei. Als nun Meggersen an dem erwähnten Tage bei dem Nachsuchen nach der Leiche in einen Graben gefallen war und deshalb bei dem Wirthe Kunstmann seine Hose gereinigt hatte, ging er durch die kleine Pforte in den Garten des Inculpaten und in diesem den Steig hinunter, um wieder zu den Leuten an der Aue zu

Digitized by Google

gelangen. Er bemerkte damals, daß bei dem kleinen Apfelbaum ganz an derselben Stelle, wo nachher die Grube gegraben und Brandt gefunden wurde, der Garten in seiner ganzen Breite von der Wiese bis an die an dem Zaune stehenden Stachelbeerbüsche eine Strecke lang, die nach dem Augenmaaß 4 bis 5 Fuß befaßte und höchstens 1½ Beete, das Beet zu 3 Fuß gerechnet, breit war, umgegraben lag. Die Schollen lagen ganz regelrecht so, wie wenn Land umgegraben wird; die Stelle war nicht geharkt, sondern die Schollen unversehrt. Alle Schollen sahen gleichmäßig schwarz aus und es war durchaus nicht zu bemerken, daß irgendwo Untererde mit der schwarzen Obererde vermischt war.

Auch bei diesem Zeugen ist die Richtigkeit seiner Wahrnehmungen nicht zu bezweifeln; er war bereits auf den gegen den Inculpaten damals schon obwaltenden Verdacht, namentlich auf sein verdächtiges Graben im Garten, aufmerksam gemacht worden, hatte also schon nach seiner amtlichen Stellung eine dringende Veranlassung, den Garten des Inculpaten genauer zu inspiciren, wie er denn auch angiebt, daß er durch die vorhergegangenen Aeußerungen der Brandt'schen Verwandten gegen ihn zum Theil veranlaßt worden sei, sich den Garten näher anzusehen, daß er damals eben an der in Betracht kommenden Stelle die Umgrabung des Landes wahrgenommen hat, wird dadurch bestätigt, daß er am Tage der Auffindung der Leiche dem Gericht die Stelle wieder bezeichnet hat und dann hier sofort bei angestellter Nachsuchung die vergrabene Leiche gefunden worden ist. Ebenso wird die Wahrheit seiner Zeitangabe theils durch die Deposition des Schneiders Brandt, welcher an dem Freitag-Nachmittag bei ihm gewesen sein und von ihm gehört haben will, daß er noch nach Rellingen hinaus wolle, theils durch die Erzählung der Ehefrau Memleb, daß sie den Meggersen an dem fraglichen Nachmittage an der Aue gesehen und damals das bereits erwähnte Gespräch zwischen ihm und dem alten Bandholz gehört habe, unterstützt.

Nach der Aussage dieses Zeugen ist die umgegrabene Strecke bei dem kleinen Apfelbaum, die er bei einer am 5. November wieder vorgenommenen Besichtigung etwas vergrößert gefunden hat, längere Zeit hindurch für sich liegen geblieben, bis demnächst angefangen worden, von der Aue an zu graben, und sodann von unten herauf bis an die gedachte Stelle gegraben worden ist. Daß selbige nach dem Verschwinden des Brandt für sich umgegraben gelegen hat, wird bestätigt zunächst durch das Zeugniß des Polizeireuters Ulrich, welcher um die Zeit, als im Publikum davon die Rede gewesen, daß Kuhlmann seinen Garten umgrübe, gesehen haben will, daß in dem Garten ungefähr an der Stelle, wo nachher Brandt's Leiche herausgegraben worden, gegraben gewesen ist und daß unterhalb dieser Stelle bis zur Aue hin das Land wüste gelegen hat, dann durch die Aussage des Gefangenwärters Schmidt, welcher am 5. November sich von Meggersen den Garten hat zeigen lassen und bei dieser Gelegenheit bemerkt hat, daß zwei Stellen desselben, die von Meggersen ihm gezeigte bei dem kleinen Apfelbaum und eine Stelle unten an der Aue, umgegraben gelegen haben, worauf er bei einer späteren Nachsicht am 4. December auch den Zwischenraum zwischen diesen beiden Stellen umgegraben gesehen hat. Auch wird von Simon Brandt bezeugt, daß etwa 8 Tage nach dem Verschwinden seines Bruders der Kuhlmann'sche Garten an zwei Stellen, unten an der Aue und nach der Mitte zu, umgegraben gewesen und daß an beiden Stellen, jedenfalls an der Aue, weiter gegraben worden ist, bis sie sich vereinigt haben.

Noch ist die Aussage des Bäckers Bandholz zu erwähnen. Dieser Zeuge hat nach dem Verschwinden des Brandt den Inculpaten zweimal in seinem Garten graben sehen, das erste Mal an einem Vormittage allein, wobei er in Hemdsärmeln gewesen ist, das zweite Mal mit seinem Sohne; er hat aber weder über die Zeit noch über den Ort zuverlässige Angaben zu beschaffen vermocht. Er meint, daß zuerst zwei oder drei Tage nach dem Verschwinden des Brandt und dann am zweiten Tage darauf gegraben worden sei; diese Angabe muß aber eine irrige sein, da das Verschwinden des Brandt auf den 22. October fällt und der Inculpat nicht vor dem 1. November mit seinem Sohne, welcher damals erst zu ihm gekommen ist, im Garten gegraben haben kann. Ueber den Ort des Grabens hat er bei seiner ersten Vernehmung angegeben, daß Kuhlmann das erste Mal an der Aue zu graben angefangen und das zweite Mal in Gemeinschaft mit seinem Sohne von der Stelle, wo er das erste Mal aufgehört, weiter nach oben hinauf und

Digitized by Google

bis über die Stelle hinaus, wo die Brandt'sche Leiche gelegen, gegraben habe. Diese mit den übrigen Zeugenaussagen im Widerspruch stehende Angabe hat Bandholz aber schon bei seiner zweiten an Ort und Stelle geschehenen Vernehmung fallen lassen, indem er die Möglichkeit zugegeben hat, daß schon mitten im Garten etwas umgegraben gewesen, als unten an der Aue zu graben begonnen worden, und bei seiner letzten Vernehmung hat er gradezu erklärt, daß das erste Mal an der Stelle gegraben worden, wo später die Brandt'sche Leiche gefunden sei. Diese Schwankungen in der Aussage sind sehr erklärlich, wenn man berücksichtigt, daß der Zeuge ein 70jähriger Mann von schwachem Gesicht und Gedächtniß ist; seine Angaben können also nach keiner Seite hin in's Gewicht fallen, man kann höchstens daraus eine Bestätigung der Thatsache entnehmen, daß Kuhlmann bald nach dem Verschwinden des Brandt in seinem Garten gegraben hat.

Es ist an sich schon verdächtig, daß der Inculpat in dem Herbst in seinem Garten gegraben hat, wozu es für ihn, da er damals noch gar nicht die Absicht hatte, die von ihm gemiethete Wohnung auch während des folgenden Sommers zu bewohnen, an aller Veranlassung fehlte. Wie nämlich der Inculpat selbst angiebt, hatte er von seinem Vermiether Jahnke immer nur auf ein halbes Jahr gemiethet, weil ihm die Miethe zu hoch war; ferner hat er noch um Fastnacht des folgenden Jahres auf die Landstelle eines gewissen Grübel gehandelt und scheint sich erst, als dieser Handel fehlgeschlagen war, zwischen Fastnacht und Ostern, entschlossen zu haben, seine Stelle wieder für das Sommerhalbjahr zu miethen. Diesen Thatsachen gegenüber klingt es nicht sehr glaubhaft, wenn die Eheleute Kuhlmann es als den Zweck des Grabens bezeichnen, daß das Land von Queek habe gereinigt werden sollen, weil, falls sie zum nächsten Sommer die Wohnung behalten würden, solches ihr Vortheil wäre.

Ferner aber ist von den Eheleuten Kuhlmann übereinstimmend geleugnet worden, daß überhaupt in dem Garten vor dem 1. November gegraben worden sei. Daneben behauptet der Inculpat Kuhlmann, daß an der Stelle, wo später die Brandt'sche Leiche gefunden worden, allerlei Stecklinge (Pathen und Wrieden) eingeschlagen gewesen seien, welche Inculpat aus seiner früheren Wohnung mitgebracht, daß diese, wenn nicht bis zum 1. November, so doch jedenfalls noch nach dem 23. October dort gelegen hätten und daß nach Wegnahme derselben das Land nur geebnet und geharkt, aber nicht umgegraben sei. Die übereinstimmende Behauptung der beiden Eheleute geht dann dahin, daß nur an *einem* Tage, am 1. oder 2. November, während ihr ältester Sohn zu Hause gewesen, im Garten gegraben und bei dieser Gelegenheit dessen ganzer unterer Theil umgegraben worden sei; sie bestreiten entschieden, daß es sonst je, sei es vorher oder nachher, geschehen sei. Ueber die Veranlassung des Grabens differirt ihre Angabe; während der Inculpat erzählt, daß seine beiden Söhne, welche zum 1. November aus dem Dienst gekommen wären, Streit mit einander gehabt hätten und daß desbalb die Mutter gesagt, sie möchten hingehen und das Land umgraben, behauptet die inculpatische Ehefrau, daß ihr ältester Sohn aus Langerweile gefragt, ob es nichts für ihn zu thun gebe, und darauf ihr Mann ihm gesagt habe, daß er das Land umgraben könne, weil es so queckig sei.

Hiemit stimmt nun aber die Aussage dieses ältesten Sohnes des Inculpaten keineswegs überein. Dieser ist am Freitag den 1. November Vormittags, nachdem er aus seinem Dienst getreten, zu seinen Eltern gekommen und bei ihnen geblieben, bis er am Sonntag Nachmittag in einen neuen Dienst trat. Er behauptet nun, daß er am Freitag Nachmittag einige Stunden bis zur Kaffeezeit und zwar dicht an der Aue, wo damals Stachelbeerbüsche gestanden hätten und noch nichts umgegraben gewesen sei, gegraben habe und giebt als Veranlassung an, daß sein Vater ihm gesagt hätte, wenn er Lust hätte, könne er es ihm dort ein Bischen umgraben; weshalb dies habe geschehen sollen, weiß er nicht, er denkt sich, des Unkrauts wegen. Später hat er nicht wieder im Garten gegraben. Sein Vater hat ihm kurze Zeit beim Graben geholfen; er meint, daß damals eine Strecke von etwa 16 Fuß in der ganzen Breite des Stücks umgegraben worden sei. Ob derzeit schon in der Mitte des Gartens gegraben gewesen ist, erinnert er nicht.

Diese Aussage ist von wesentlicher Bedeutung, in so fern sie die vom Inculpaten und seiner Ehefrau vorgebrachten Exculpationsbehauptungen nicht nur nicht bestätigt, sondern denselben in verschiedener Richtung widerspricht. Seine Angabe über die Veranlassung des

Digitized by Google

Grabens lautet ganz anders als die freilich von ihnen selbst schon in widersprechender Weise vorgebrachte Behauptung seiner Eltern; er hat ferner nicht so viel von dem Garten umgegraben und nach der Dauer seines Arbeitens im Garten auch nicht umgraben können, wie Inculpat zu behaupten gesucht hat. Aus dem letzten Umstande resultirt mit hinreichender Zuverlässigkeit, daß, wenn nach dem 1. November, wie dies anderweitig constirt, mehr als eine Strecke von 16 Fuß unten an der Aue, nämlich der ganze untere Theil des Gartens bis an die Stelle der Brandt'schen Grube hinan, umgegraben gewesen ist, der Inculpat selbst dies gethan haben muß. Denn sonst war Niemand im Hause, der es gethan haben kann, da seine Frau damals ein kleines Kind an der Brust hatte, daher nicht sich mit einer unter allen Umständen unnöthigen Gartenarbeit befaßt haben wird, das Dienstmädchen aber in Abrede gestellt, im Garten je anders, als zur Sommerzeit, zum Einpflanzen von kleinem Kohl in nicht weiter Entfernung vom Hause, gegraben zu haben. Dieselben Erwägungen sind aber noch zutreffender, wenn es um die Frage sich handelt, wer das vor dem 1. November geschehene Graben im Garten beschafft haben müsse, da vor diesem Zeitpunkt auch die beiden Söhne des Inculpaten noch im Dienste standen.

Es liegt nun dem oben Angeführten zufolge die bestimmte und glaubhafte Aussage eines beeidigten Zeugen, der Ehefrau Memleb, dafür vor, daß der Inculpat am Mittwoch Morgen, dem Tage nach dem Verschwinden des Brandt, in seinem Garten an der Stelle gegraben hat, wo später die Leiche des Letztern gefunden worden ist.

Es hat sodann der Polizeidiener Meggersen, ein ebenfalls durchaus glaubhafter und auf seine Aussage beeidigter Zeuge, dieselbe Stelle am Freitag Nachmittag umgegraben gesehen; und dies Umgraben ist nach dem eben vorher Bemerkten mit Nothwendigkeit auf die Thätigkeit des Inculpaten zurückzuführen. Den Zeitpunct, wann dasselbe geschehen sei, läßt freilich diese Aussage als solche dahingestellt, man wird aber berechtigt sein, aus derselben nichtsdestoweniger eine Bestätigung der Deposition der ersten Zeugin zu entnehmen, wenn man einerseits erwägt, daß das Umgraben einer Strecke des Gartens, wie sie von Meggersen beobachtet worden, eine Arbeit ist, welche im Zweifel in wenigen Stunden und nicht durch eine fortgesetzte Beschäftigung verschiedener Tage vollführt wird und andererseits in Betracht zieht, daß der Inculpat am Donnerstag früh Morgens, wie anderweitig constatirt ist, schon aus- und zum Quickborner Markte gegangen ist, so daß also an diesem Tage das Graben nicht geschehen sein wird, während gegen die Annahme, daß es am Freitag geschehen sei, die Erwägung spricht, daß dann wahrscheinlich der Polizeireuter Meggersen, welcher am Nachmittag dieses Tages mit aller Umsicht das Gartenland besichtigte, bemerkt hätte, daß es so frisch umgegraben gewesen sei, er aber im Gegentheil auf eine deshalb speciell an ihn gerichtete Frage erklärt hat, daß er nicht sagen könne, ob an demselben Tage, oder schon einige Tage vorher gegraben worden sei.

Jedenfalls aber steht es fest, daß Inculpat kurz nach dem Verschwinden des Brandt an der fraglichen Stelle gegraben hat, und schon diese Thatsache führt, selbst wenn man von der genaueren Constatirung des Zeitpuncts seiner Thätigkeit absieht, zu dem Schluß, daß dies Graben geschehen ist, während der Ermordete bereits in der Grube lag, wenn man damit den Umstand zusammenhält, daß die Möglichkeit, daß die Leiche erst nach geschehener Umgrabung der fraglichen Stelle hineingebracht worden sei, durch die anderweitigen Ermittelungen ausgeschlossen ist. Es liegen nämlich verschiedene Zeugenaussagen dafür vor, daß dieselbe während des Winters in unverändertem Zustand, die Schollen in derselben Lage, wie früher, geblieben ist, was natürlich nicht geschehen konnte, wenn das einmal umgegrabene Land von Neuem gegraben ward. Der Polizeireuter Meggersen, welcher bei dem Nachsuchen in der Aue viele Male, zuletzt bei der Nachsuchung am 12. December, unten an dem Kuhlmann'schen Garten entlang und durch den Garten gekommen ist, hat bemerkt, daß von dem ganzen umgegrabenen Lande in dem unteren Theil des Gartens niemals ein Stück geharkt worden ist, sondern die Schollen immer liegen geblieben sind. Ebenso hat die Ehefrau Memleb, soweit sie dies von ihrem Garten aus hat sehen können, keinerlei Veränderung an der umgegrabenen Stelle wahrgenommen und der Gefangnenwärter Schmidt, welchem, wie früher erwähnt, die zuerst umgegrabene Stelle am 5. Novbr. von Meggersen gezeigt worden ist, deponirt, daß er am 4. Decbr. den Kuhlmann'schen Garten sich nochmals angesehen und

Digitized by Google

bei dieſer Gelegenheit bemerkt habe, daß nunmehr von der Aue ganz bis an die zuerſt umgegrabene Stelle heraufgegraben worden, mit dieſer letzteren Strecke aber keinerlei Veränderung geſchehen ſei, und daß er ſpäter nach Neujahr, wie er meine am 10. Februar, wieder gelegentlich den Kuhlmann'ſchen Garten betrachtet und dieſelbe Wahrnehmung gemacht habe, wozu denn noch kommt, daß, wie das Pinneberger Landgericht in ſeinem Berichte hervorhebt, der Garten des Inculpaten fortwährend unter der Controle des Publikums geſtanden haben wird und demſelben jede auffällige Veränderung in dem Garten, der einmal als verdächtig bezeichnet und ins Gerede gekommen war, ſchwerlich entgangen ſein würde. Iſt es aber hienach ausgeſchloſſen, daß die Brandt'ſche Leiche im Laufe des Winters in dem Garten des Inculpaten vergraben worden, ſo wird die andere Annahme, daß dies im Laufe des darauf folgenden Sommers geſchehen ſein könne, keiner eingehenden Würdigung bedürfen, da die völlige Unwahrſcheinlichkeit und man möchte faſt ſagen Unglaublichkeit der Hypotheſe, daß die Leiche des Ermordeten, nachdem ſie mindeſtens ein halbes Jahr lang trotz aller angeſtellten Nachforſchungen unentdeckt geblieben war, nun noch nachträglich in dem Kuhlmann'ſchen Garten ſollte verſcharrt worden ſein, auf der flachen Hand liegt.

War nun aber die Leiche ſchon in die Erde gebracht, als der Inculpat damit anfing, die Stelle des Gartens umzugraben, ſo iſt wiederum nicht zweifelhaft, daß Inculpat dieſen Umſtand gekannt haben muß, kannte er aber denſelben und grub die Stelle um, ſo hat er dies gethan, um die Leiche zu verbergen. Da er jedenfalls wenige Tage nach dem Verſchwinden des Brandt in ſeinem Garten an jener Stelle gegraben hat, konnte es ihm unmöglich verborgen bleiben, wenn dort in ſeinem Garten, wo Keiner außer ihm etwas zu ſchaffen hatte, das Terrain in nicht unbedeutendem Maaße, wie es bei dem Vergraben der Leiche durch einen Dritten hätte geſchehen müſſen, umgewühlt oder umgegraben war, welcher auffällige Umſtand natürlich für ihn eine Aufforderung zu näherer Unterſuchung der Sache hätte werden müſſen; und wenn Inculpat keine Veränderung der Erde in ſeinem Garten bemerkt und nur einmal geſehen haben will, daß an den Pathen und Wrieden, welche nach ſeiner (übrigens nach den Reſultaten der über dieſen Punkt ſehr weitläuftig geführten Unterſuchung höchſt wahrſcheinlich unwahren) Behauptung an der oftерwähnten Stelle eingeſchlagen geweſen ſind, etwas gerührt worden ſei, ſo ſind dies offenbare Ausreden, die nur dazu geeignet ſind, ſein Graben in dem Garten in verdächtigem Lichte erſcheinen zu laſſen. Dazu kommt, daß, wie ſchon früher hervorgehoben worden, das ganze ohne genügendes Motiv geſchehene Graben im Garten verdächtig war und daß den Inculpaten die Widerſprüche, in welche er den Angaben ſeiner Frau und den auch von dieſer wieder abweichenden Angaben ſeines Sohnes gegenüber getreten iſt, noch mehr verdächtigen. Entſcheidend aber iſt die Betrachtung der Art und Weiſe, wie der Inculpat die fragliche Stelle umgegraben hat. Die Zeugen, welche dieſelbe geſehen haben, ſtimmen darin überein, daß feſte Schollen über die ganze Breite des Stückes gelegen haben und daß keine Untererde zu ſehen geweſen iſt. Das Unterſuchungsgericht hat zwei unparteiiſchen und ſachkundigen Männern, dem Eingeſeſſenen Wittrock in Pinneberg und dem Vogt Schmidt in Rellingen, die Frage vorgelegt, wie es ſich erklären laſſe, daß auf der ganzen umgegrabenen Fläche und namentlich oberhalb der Grube zuſammenhängende Schollen gelegen hätten. Sie bezeichneten dies als auffällig und ihre Erklärung geht dahin, daß Kuhlmann diejenigen Schollen, welche die Oberfläche der Grube gebildet hätten, von der Seite müſſe weggenommen haben, weil von der in die Grube hineingeſchütteten Erde, wenn ſie auch noch ſo ſehr feſtgetreten ſei, ſich keine zuſammenhängende Schollen hätten bilden laſſen. Liegt aber dieſe Nothwendigkeit vor, ſo kann es nicht zweifelhaft ſein, daß Inculpat das in der umſichtigſten und ſorgfältigſten Weiſe geſchehene Graben in ſeinem Garten an der oftерwähnten Stelle nur vorgenommen hat, um die Exiſtenz der Grube zu verdecken, was wiederum unter den obwaltenden Umſtänden, da die Brandt'ſche Leiche darin lag, nur einen Sinn haben konnte, wenn es ſich für ihn darum handelte, die Exiſtenz dieſer Leiche zu verbergen.

Steht es aber feſt, daß das Graben des Inculpaten in ſeinem Garten zu dieſem Zwecke geſchehen ſein muß, ſo iſt damit die weitere Annahme gegeben, daß er den Hofbeſitzer Brandt auch ermordet hat. Allerdings ſind noch andere Annahmen in abstracto möglich, ſie ſind aber ohne alle Berechtigung. Zunächſt die Hypotheſe, daß ein Dritter, ohne daß Inculpat darum wußte, den Barndt ermordet und die Leiche

Digitized by Google

etwa in der Nacht nach dem Morde in den Garten vergraben habe. Will man auch ganz unerörtert laſſen, was denn dieſen andern Mörder veranlaßt haben ſollte, nachdem der Mord, wie man annehmen muß, am Morgen verübt war, die Leiche in der Nacht (denn am Tage konnte es natürlich nicht geſchehen) grade in dem Kuhlmann'ſchen Garten zu vergraben, und mit welchen Schwierigkeiten und welcher Gefahr der Entdeckung ein ſolches Verfahren verbunden geweſen wäre, ſo muß es doch ganz unerklärlich bleiben, was den Inculpaten dazu ſollte bewogen haben, wenn er die geſchehene Vergrabung der Leiche entdeckte, nunmehr, ſtatt, um ſich ſelbſt von jedem Verdachte zu reinigen, die Sache zur Anzeige zu bringen, möglichſt alle Spuren der Vergrabung zu beſeitigen und dadurch ſich ſelbſt als Unſchuldigen zu gefährden, beſonders aber, was ihn dazu bewegen ſollte, im ganzen Verlauf der Unterſuchung den wahren Zuſammenhang zu verſchweigen und der Gefahr der Verurtheilung für ein fremdes Verbrechen ſich auszuſetzen. Dies letzte Argument ſteht auch mit gleicher Entſchiedenheit der Hypotheſe entgegen, daß der Inculpat, ſelbſt unbetheiligt an dem Verbrechen, um dies Verbrechen des Dritten und die von ihm vorgenommene Verbergung der Leiche gewußt hätte; denn das ſich Aufopfern eines Unſchuldigen zur Abwendung der Strafe eines fremden Verbrechens mag wohl in Romanen, nicht aber in der Wirklichkeit Platz greifen, am allerwenigſten bei einem Menſchen, wie der Inculpat es iſt. Es bleibt alſo nur die Annahme möglich, daß Inculpat die Brandt'ſche Leiche zu verbergen geſucht hat, weil er ſelbſt an dem Morde betheiligt war. In abstracto kann man nun freilich die Möglichkeit aufſtellen, daß er ſich lediglich an einem fremden Verbrechen als Gehülfe betheiligt habe; das Verbergen der Leiche des Ermordeten war in beiden Fällen eine nothwendige Maaßregel, mochte nun der Inculpat allein oder mit Andern das Verbrechen verübt haben. Aber es liegt in der ganzen Unterſuchung nicht das geringſte Moment vor, welches für die Annahme ſpräche, daß Inculpat nur der That eines Andern ſeine Mitwirkung geliehen hätte. Es kann daher jene abſtracte Möglichkeit überall nicht in Betracht gezogen werden und die ſchwere Anzeige, welche aus dem erwieſenen Verbergen der Leiche ſich ergiebt, weiſt mit voller Stringenz auf den Inculpaten als den Urheber des verübten Mordes.

Sieht man nun noch auf das Verhalten des Inculpaten dieſer Anzeige gegenüber, ſo iſt dies keineswegs geeignet, die beweiſende Kraft derſelben zu ſchwächen, vielmehr eher den gegen ihn obwaltenden Verdacht zu erhöhen. Seine Ausreden ſind im Weſentlichen immer dieſelben. Auf den Vorhalt der Auffälligkeit des Umſtandes, daß die Leiche in ſeinem Garten gefunden ſei, wird von ihm erwidert: „auf die Art können noch ſieben darin ſitzen und bei Nachtzeiten hineinkommen, wenn ich dafür verantwortlich ſein ſollte, wäre ich ein unglücklicher Menſch“; auf die weitere Frage, wer denn nach ſeiner Meinung die Leiche vergraben habe: „ich denke mir, die Leute, die es nicht haben bekannt haben wollen, daß Brandt ſich ſelbſt das Leben genommen hätte, haben ihn in der Aue gefunden und in meinem Garten verſcharrt. Warum liefen ſie ſonſt Abends und Nachts an der Aue herum und wie konnten ſie ſonſt behaupten, Brandt läge in meinem Garten? ſie wußten auch die Stelle. Der Schneider Brandt ſoll ja ſogar behauptet haben, wenn er nur einen Stock hätte und zufühlen dürfte, würde er die Stelle ſchon finden. Ich denke, daß dieſe Leute Brandt dort eingeſcharrt haben, damit ſie auf mich den Verdacht würfen, ich hätte ihn ermordet, und um ihn zu finden, wenn ich ausgezogen ſein würde. Aber damit will ich dies nicht behaupten, ich will niemanden beleidigen, obgleich ich namentlich den Schneider Brandt dazu fähig halte. Es kann ihn auch ſonſt jemand umgebracht haben.“ Die Nichtigkeit dieſer Ausrede, welche einen Selbſtmord ſuppouirt, wo mit völliger Evidenz eine geſchehene Ermordung vorliegt und welche den Brüdern des Ermordeten, auf deren Ruf noch kein Flecken gefallen iſt, andichten will, daß ſie ihn, den Inculpaten, in den Verdacht des ſchwerſten Verbrechens hätten bringen wollen, liegt zu ſehr auf der Hand, als daß es noch eines weiteren Eingehens auf dieſelbe bedürfte.

(Die Fortſetzung folgt.)

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

21. Stück. — Den 23. Mai 1864.

Entscheidungen.

Justiz und Administration.

Der Bauervogt Einfeldt in Warnau hatte seit längerer Zeit die Bauersprachsversammlungen mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand seiner Schwester nicht in seinem Hause, sondern in der Wohnung des dortigen Käthners Blöcker abhalten lassen. Hierüber ward von dem Hufner Hauschildt ebendaselbst eine Beschwerde bei der Klösterlichen Obrigkeit zu Preetz erhoben und von dieser darauf nach mündlich erörterter Sache unterm 3. Februar 1860 ein der Form nach richterliches Erkenntniß dahin abgegeben, daß der gedachte Bauervogt schuldig sei, die Bauersprachsversammlungen künftig wiederum in seinem Hause abzuhalten und dem Citanten die angeursachten Kosten zu erstatten. Wider diesen Bescheid wurde von dem Bauervogt Einfeldt Recurs an das damalige Ministerium für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg eingelegt, welches nun der Klösterlichen Obrigkeit durch Vermittlung des Commissariats für das Kloster Preetz aufgab, mit Beziehung auf den Antrag des Supplicanten, daß ihm die Abhaltung der Bauersprachsversammlung außerhalb seiner Wohnung gestattet werden möge, annoch eine nähere Untersuchung anzustellen und unter Vorbehalt des Recurses an das Ministerium eine Entscheidung abzugeben. Gleichzeitig ward dabei für den Supplicanten eine entsprechende Eröffnung ausgefertigt.

Durch diese Verfügungen erachtete sich die Klösterliche Obrigkeit gravirt, welche, davon ausgehend, daß eine der richterlichen Cognition unterliegende Streitsache in Frage gestanden und der abgegebene Bescheid von ihr in der Eigenschaft als richterliche Behörde als gerichtliches Erkenntniß abgesprochen worden, der Ansicht war, daß der Supplicant sich mit dem Antrage auf eine administrative Untersuchung an die Klösterliche Obrigkeit als die zunächst competente Administrativbehörde habe wenden müssen und daher darauf antrug, daß unter Zurücknahme der gedachten Eröffnung dem Supplicanten zu erkennen gegeben werden möchte, wie ihm überlassen bleibe, sich mit seinem eventuellen Antrage auf administrative Untersuchung und Regelung der in Frage stehenden Angelegenheit an die Klösterliche Obrigkeit zu wenden. In solcher Veranlassung kam es durch eine von dem Ministerium an das Holsteinische Obergericht erlassene Berichtserforderung in Anrege, ob nicht vor weiterem Vorgehen in dieser Sache der Bescheid der Klösterlichen Obrigkeit vom Obergerichte zu beseitigen, event. von demselben der Klösterlichen Obrigkeit zu eröffnen sein möchte, daß die beregte Angelegenheit zur Erledigung auf dem Wege Rechtens nicht geeignet sei.

Das Obergericht glaubte indessen diese Sache nicht nur materiell, sondern auch ihrer formellen Lage nach für eine nicht zur Competenz des Obergerichts gehörige Administrativsache ansehen zu müssen, worüber es in seinem an das Ministerium erstatteten Berichte in folgender Weise sich aussprach.

„Es kann nicht zweifelhaft erscheinen, daß die Frage, um die es sich in der s. g. Streitsache des Hufners Hauschildt wider den Bauervogt Einfeldt allein gehandelt hat, nämlich ob der Bauervogt die Bauersprachsversammlung in seiner eignen Wohnung abhalten müsse oder sie, wie geschehen, auch nach

Digitized by Google

einem anderen Hause verlegen dürfe, der richterlichen Cognition nicht unterliegt. Daß aber nicht eine und dieselbe Sache, je nachdem die Frage nach der Zweckmäßigkeit oder nach der Gesetzmäßigkeit zur Ventilation kommt, eine Administrativ- oder Justizsache wird, darüber kann wenigstens in Holstein nach den hier bei der Trennung der Justiz von der Administration befolgten Grundsätzen kein Zweifel obwalten. Nicht weniger unzweifelhaft ist es ferner, daß im gegebenen Fall die Administrativsache nicht dadurch den Character einer Justizsache hat annehmen können, daß Hauschildt sich über die Verlegung der Bauernsprache nach dem Hause des Käthners Blöcker nicht im allgemeinen öffentlichen Interesse, sondern lediglich deshalb beschwert hat, weil er, wie bemerkt, wegen seiner persönlichen Beziehungen zu Blöcker dessen Haus nicht besuche und also dadurch, daß der Bauervogt die Bauernsprache nicht in seinem eignen Hause abhalte, verhindert werde, an derselben Theil zu nehmen. Denn war es auch nur ein rein persönliches Interesse, welches den Beschwerdeführer leitete, von einem streitigen Privatrecht oder von einem sich zum processualischen Verfahren eignenden Streit kann doch nie die Rede sein in einem Fall, wo es sich nur um die Ordnung communaler Verhältnisse und nur darum handelt, ob der Bauervogt die Bauersprachsversammlung nach seinem eignen Hause berufen müsse. Uebrigens hat ja auch Hauschildt keine förmliche Klage gegen Einfeldt erhoben und auch nicht auf ein richterliches Erkenntniß wider Letzteren angetragen, so daß, wenn er von der Klösterlichen Obrigkeit, wie sie dies solchenfalls bei richtiger Beurtheilung allerdings hätte müssen, aus dem Grunde, weil sich die Sache nicht für den Rechtsweg eigne, abgewiesen wäre, er sich mit vollem Grund dadurch hätte gravirt erachten mögen, daß er, da lediglich eine Beschwerde bei der zur Erledigung derselben in ihrer Eigenschaft als Administrativbehörde competenten Obrigkeit angebracht, dennoch abgewiesen worden, weil ein Rechtsverfahren in dieser Angelegenheit nicht zulässig sei.

Wir würden nun zwar mit der Klösterlichen Obrigkeit darin übereinstimmen müssen, daß, wenn dieselbe ein richterliches Erkenntniß in dieser Administrativangelegenheit abgesprochen hätte, der Recurs wider dasselbe nicht an das Königliche Ministerium hätte gerichtet werden dürfen, eine Aufhebung dieses nichtigen Erkenntnisses vielmehr beim Obergericht hätte erwirkt werden müssen. Aber in Beziehung auf die weitere Frage, ob wirklich ein gerichtliches Erkenntniß hier vorliegt, können wir uns wieder nicht mit der Ansicht der Klösterlichen Obrigkeit einverstanden erklären.

Eine an die Klösterliche Obrigkeit als Gericht gerichtete Klage hat derselben, wie bemerkt, nicht vorgelegen, der Citant hat im Gegentheil in keiner Weise zu erkennen gegeben, daß er in dieser unzweifelhaft zur Cognition der Administrativbehörde gehörigen Sache ein richterliches Erkenntniß impetrire. Der Bescheid selbst aber spricht es nicht aus, daß er von der Klösterlichen Obrigkeit in seiner Eigenschaft als richterliche Behörde abgegeben worden und ist es auch nicht ungewöhnlich, daß in summarischen Rechtssachen mit Weglassung der Worte „von Rechtswegen oder von Gerichtswegen“ das Erkenntniß in der hier gewählten Form abgesprochen wird, so wird doch nicht behauptet werden dürfen, daß nicht auch Administrativbehörden in den zu ihrer Cognition gehörigen Streitsachen, wie z. B. Bergungssachen und Zunftsachen, ihre Bescheide füglich ganz in derselben Form abgeben könnten, ohne dadurch zu begründetem Zweifel darüber Veranlassung zu geben, ob sie in ihrer zuständigen Eigenschaft als Administrativbehörde oder in ihrer für die betreffende Angelegenheit nicht competenten richterlichen Qualität den Bescheid abgesprochen haben.

Mag es nun auch unrichtig gewesen sein, daß die Klösterliche Obrigkeit den Bescheid zu Gebühren angesetzt und den Citaten zur Kostenerstattung verurtheilt hat — worüber uns kein Urtheil zusteht —, so wird doch dadurch der in der Administrativsache abgegebene Bescheid noch nicht zu einem richterlichen Erkenntniß, sondern es liegt damit eben nur eine verkehrte Entscheidung vor, wie denn z. B. Ein Königliches Ministerium gewiß nicht Bedenken tragen dürfte, den Recurs wider den in einer Bergesache oder Zunftsache abgegebenen Bescheid als an dasselbe erwachsen anzusehen, weil etwa verkehrter Weise Gerichtsgebühren in Ansatz gebracht worden. Noch weniger kann es aber natürlich ins Gewicht fallen, daß die in der Administrativsache stattgehabte Verhandlung ins Gerichtsprotocoll eingetragen worden.

Nun will freilich die Klösterliche Obrigkeit in diesem Fall ihren Bescheid gerade in der Qualität abgegeben haben, in der ihr die Zuständigkeit zur Er-

Digitized by Google

ledigung der Sache gefehlt haben würde. Aber ob die Behörde, welche beide Functionen in sich vereinigt, von der richtigen Auffassung ausgegangen und ob sie eine Administrativsache für eine Justizsache gehalten oder umgekehrt, kann an sich nicht entscheidend werden und namentlich auch nicht für die Recursinstanz eine Administrativsache zu einer Justizsache machen. Nach diesem Grundsatz haben wir denn auch schon mehrere Fälle beurtheilt, wo in Justizsachen die zugleich auch richterliche Functionen bekleidende Behörden als Administrativbehörden gehandelt haben wollten und die Richtigkeit desselben kann uns auch in Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht zweifelhaft erscheinen.

Wäre die Klösterliche Obrigkeit ausschließlich nur Gerichtsbehörde, würde ihr Bescheid unzweifelhaft als ein nichtiges Erkenntniß anzusehen sein. Anders liegt die Sache aber jetzt, wo sie beide Functionen in sich vereinigt. Sie ist als Administrativbehörde zur Erledigung dieser Sache competent gewesen und ihr Bescheid wird daher als ein von der zuständigen Behörde abgegebener formell gültiger Bescheid gelten müssen, da so die Sache objectiv sich darstellt und die irrige Annahme der Klösterlichen Obrigkeit, als wenn ihr nicht eine Administrativ-, sondern eine Justizsache vorgelegen und sie als Justizbehörde den Bescheid ertheilt, als etwas rein subjectives den an sich formell gültigen Bescheid nicht zu einem nichtigen Richterspruch machen kann, wie ja denn überhaupt Amtshandlungen, wenn nur deren Richtigkeit und Gültigkeit in Frage steht, nicht nach ihrer innern Seite zu beurtheilen sind und an sich richtige und gültige Erlasse nicht dadurch verkehrt oder nichtig werden können, daß die Behörde von einer irrigen Auffassung ausgegangen und in Irrthümern befangen gewesen, welche allerdings, wenn sie in völlig entsprechenden Handlungen in die äußere Erscheinung getreten, zu Verkehrtheiten und Nichtigkeiten hätten führen müssen, diese Folge aber nicht gehabt haben.

Für das Obergericht können wir sonach in vorliegender Sache eine Competenz in keiner Beziehung in Anspruch nehmen und gleich wie wir für den Fall, daß Einfeldt sich mit dem Rechtsmittel der Supplication an uns gewandt, selbige wegen mangelnder Competenz hätten zurückweisen müssen, würden wir auch auf eine erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht haben eintreten können. Wir dürfen aber auch annehmen, daß Ein Königliches Ministerium es gerechtfertigt finden wolle, wenn wir, geleitet von der Betrachtung, daß wir uns in dieser Administrativsache in keiner Beziehung eine Zuständigkeit beilegen können, es nicht für unbedenklich erachtet haben, der Klösterlichen Obrigkeit eine Eröffnung in dieser Sache zugehen zu lassen."

Die in Rede stehende Angelegenheit ist darauf von dem Ministerium nach Maaßgabe der von demselben bereits getroffenen Einleitung als Administrativsache erledigt worden.

Criminalfälle.

Raubmord.

(Fortsetzung.)

Die Thatsache, daß der Inculpat angewandt gewesen ist, die Spuren des an dem Hofbesitzer Brandt verübten Mordes zu verbergen, ist im Verein mit der andern Thatsache, daß der Ermordete zuletzt in geringer Entfernung von der Wohnung des Inculpaten im Dorfe Rellingen gesehen worden ist, besonders, wenn, wie später sich ergeben wird, der Inculpat ein Mensch ist, zu welchem man der That sich versehen kann, von so schwerem Gewicht, daß es nur noch geringer hinzutretender Verdachtsgründe bedarf, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß der Inculpat den an dem Hofbesitzer Brandt verübten Raubmord begangen hat.

Als ein solcher Verdachtsgrund erscheint zunächst das Verhalten des Inculpaten am Morgen des 22. October. Es ist früher erwähnt worden, daß er an diesem Morgen zuerst bei dem Wirthe Kunstmann, dann bei dem Bäcker Bandholz erschienen ist und auf beiden Stellen davon gesprochen hat, daß er an dem Morgen so früh aufgestanden sei, weil er den David Brandt erwartet habe, welcher zu ihm habe kommen wollen, um eine Sichlkiste bei dem Bäcker Lahmann in Rellingen zu besehen oder zu kaufen. Es fragt sich nun, ob der Inculpat überhaupt an jenem Tage und namentlich an dem Morgen den Brandt hat erwarten können und erwartet hat. Seine in den ver-

Digitized by Google

schiedenen Vernehmungen vorgebrachten Behauptungen laufen darauf hinaus, daß Brandt auf dem Pinneberger Markt gegen ihn Luſt geäußert habe, die Sichtkiſte des Bäckers Lahmann zu kaufen, und ihm geſagt habe, er möge ſich bei dieſem erkundigen, worauf er, Brandt, bei dem Inculpaten vorkommen werde, ſich Beſcheid zu holen, daß aber Inculpat ihm erklärt habe, Lahmann werde gewiß die Sichtkiſte nicht allein verkaufen und ſei Inculpat auch ſchon mit Jemandem bei Lahmann geweſen, der ſeine Stelle habe kaufen wollen. Anfangs hat nun Inculpat behauptet, daß Brandt ihm dennoch geſagt habe, er wolle zu ihm kommen; im weiteren Verlauf der Unterſuchung aber will er nicht erinnern, ob Brandt ihm dies erwidert habe, und hat ſich dahin ausgeſprochen: er habe denken können, daß Brandt bei ihm vorkommen werde, und auch wieder denken können, daß er nicht kommen werde, denn Brandt habe den Grund gehabt, daß Lahmann, weil er Geld nöthig habe, die Sichtkiſte wohl verkaufen würde, wenn er gleich Geld bekäme, Inculpat habe Brandt dagegen abgerathen. In derſelben ſchwankenden Weiſe hat Inculpat ſich darüber geäußert, ob er den Brandt gerade am Morgen erwartet habe. Während er im erſten Verhör vor dem Landgerichte erklärt, daß Brandt ihm wiederholt geſagt habe, er wolle den Morgen zu ihm kommen, geht ſeine ſpätere Ausſage dahin: „daß er grade am Morgen bei mir vorkommen wollte, ſagte er nicht, aber weil er geſagt hatte, er wolle nach Pinneberg, ſo konnte ich ihn eher auf dem Hin- als dem Retourwege erwarten", und auf die Frage, ob er denn wirklich Brandt's wegen früher aufgeſtanden ſei, lautet ſeine Antwort: „es konnte ja auch Brandt ganz es unterlaſſen, bei mir vorzukommen, weil ich ihm geſagt hatte, daß Lahmann die Kiſte wohl nicht verkaufen werde." Es liegt alſo nach den eignen ſchließlichen Erklärungen des Inculpaten nur ein ganz unbeſtimmt ſtattgehabtes Erwarten vor, welches ihn offenbar nicht veranlaſſen konnte, an dem fraglichen Morgen früher als gewöhnlich aufzuſtehen, wie er ſolches als geſchehen mehreren Zeugen gegenüber behauptet hat. Ueberhaupt aber iſt es ſehr zweifelhaft, ob an der ganzen von dem Inculpaten vorgetragenen Geſchichte etwas Wahres iſt. Wie ſie vorgebracht worden, klingt ſie ſehr unwahrſcheinlich. Denn wie ſollte Brandt dazu kommen, nachdem der Inculpat ihm in motivirter Weiſe erklärt hatte, daß Lahmann ihm die Sichtkiſte nicht verkaufen werde, nichts deſto weniger noch auf den Ankauf zu reflectiren und dazu noch den Inculpaten zu ſeinem Beauftragten zu wählen, welcher grade im Gegentheil ſchon dafür thätig geweſen war, das ganze Geweſe des Lahmann zu verkaufen? Dazu kommt, daß Lahmann ſelbſt gar nicht daran gedacht haben will, die Sichtkiſte zu verkaufen, weil er ja nicht die Inventarienſtücke von ſeiner Stelle verkaufen würde; daß verſchiedene Zeugen erklärt haben, daß eine Sichtkiſte in einer Landwirthſchaft etwas ganz Ungewöhnliches und in der ganzen Herrſchaft wohl kein Bauer ſei, welcher, wenn er nicht mit Grütze handle, eine ſolche beſitze, und daß Brandt gegen Niemanden, namentlich nicht gegen ſeine Töchter, die Abſicht, eine Sichtkiſte zu kaufen, geäußert hat. Speciell aber dagegen, daß Brandt dem Inculpaten ſeine Abſicht, an dem fraglichen Tage des Morgens bei ihm vorzukommen, angekündigt habe, ſpricht der Umſtand, daß nach der beeidigten Ausſage der Ehefrau Vogt der Hofbeſitzer Brandt gegen dieſe, als ſie an dem Morgen vor ſeinem Bette erſchien, zuerſt geäußert hat, daß er am Abend zur Beſchaffung der Einkäufe nach Pinneberg wolle und erſt auf ihr Zureden ſich entſchloſſen hat, ſich ſchon am Morgen auf den Weg zu machen.

Iſt nun aber nach dem bisher Dargelegten mit größter Wahrſcheinlichkeit anzunehmen, daß der Inculpat in Wirklichkeit den Brandt wenigſtens an jenem Morgen gar nicht erwartet haben wird (wenn er ihn auch immerhin im Lauf des Tages nach vorher getroffener Verabredung erwartet haben mag), ſo muß es als auffällig und verdächtig erſcheinen, daß er damals auf der Nachbarſchaft erſchien und eine unwahre Erzählung über ſein Erwarten deſſelben vortrug, und dieſes Factum wird dadurch noch verdächtiger, daß er jetzt beſtritten hat oder wenigſtens gar nicht erinnern will, daß er ſein angebliches Erwarten des Brandt als den Grund ſeines frühen Aufſtehens an dem Morgen angegeben habe. Es liegt die Annahme nahe, daß dem Inculpaten, wenn er den Mord des Brandt an dem Morgen und zwar in ſeiner Wohnung vollbracht hatte, mit Rückſicht auf ſeinen eventuellen Vertheidigungsplan daran liegen mußte, zu erfahren, ob auch in der Nachbarſchaft Jemand den Brandt an dem Morgen geſehen habe und daß er, theils um eine Aeußerung hierüber herauszulocken,

Digitized by Google

theils auch um dafür Zeugen zu gewinnen, daß er damals den Ermordeten vergeblich erwartet habe, das Gespräch in der angegebenen Weise auf Brandt gebracht hat. Es ist freilich wahr, daß diese hier angenommene Schlauheit des Inculpaten in Wirklichkeit eine Unvorsichtigkeit war, wie denn auch eben seine Aeußerungen darüber, daß er den Brandt an jenem Morgen erwartet, den ersten Verdacht gegen ihn erregt haben; aber dieser Umstand spricht an sich, da ja der Inculpat so gut wie jeder Andere in seiner Berechnung fehlgreifen konnte, nicht gegen das supponirte Motiv seines Handelns, welches ohne solche ihn gravirende Conjectur gar nicht erklärlich ist. Der Inculpat scheint denn auch selbst nachträglich das Verdächtige seines damaligen Auftretens gefühlt zu haben, indem er die Sache im Laufe der Untersuchung so darzustellen gesucht hat, als ob das Gespräch an dem Morgen bei dem Wirthe Kunstmann in ganz unverfänglicher Weise auf Brandt gekommen sei, indem dieser ihm erzählt, daß Brandt am vorhergehenden Tage auf dem Pinneberger Markt viel getanzt, und ihn gefragt habe, ob er dies auch gesehen, worauf Inculpat denn in ganz natürlicher Weise darauf gekommen sei, des von ihm vergeblich erwarteten Besuchs des Brandt zu erwähnen. Diese Behauptung ist aber an dem bestimmten Widerspruch des Wirths Kunstmann und seiner Ehefrau gescheitert, von denen Ersterer noch hervorgehoben hat, daß er zwar den Brandt auf dem Markt einmal habe tanzen sehen, dies ihm aber durchaus nicht auffällig gewesen sei. Was dagegen die Erwähnung des Brandt in dem Bandholz'schen Hause betrifft, so hat sich hier der Inculpat durch ein angebliches Nichterinnern des Details zu schützen gesucht.

Einen weitern Verdachtsgrund ergiebt das Benehmen des Inculpaten im ganzen Verlauf der Untersuchung. Es ist schon wiederholt bemerkt worden, wie er bemüht gewesen ist, die ihn gravirenden Momente durch Vorbringung offenbarer Unwahrheiten zu beseitigen; es mag hier an seine Aussagen über sein Graben im Garten und über sein Gespräch im Kunstmann'schen Hause erinnert werden. Auch muß es auffallen, daß er sich augenscheinlich bestrebt hat, in seinen Depositionen die Zeit seiner Abwesenheit vom Hause an dem fraglichen Morgen und später am Abend als eine viel längere darzustellen, als sie in der Wirklichkeit den vorliegenden Zeugenaussagen zufolge gewesen ist, was den Verdacht nahe legt, daß es ihm daran liegt, über einen Zeitraum, in welchem er auf den verübten Mord bezügliche Handlungen, wie ein vorläufiges Verbergen der Leiche des Ermordeten, Vertilgung der Spuren des Verbrechens, Wegbringen der am folgenden Tage an der Aue gefundenen Sachen des Brandt, vorgenommen, in unverdächtiger Weise hinwegzukommen. Am gravirendsten aber ist für den Inculpaten die Art, in welcher er und seine Ehefrau übereinstimmend zur Erklärung des Umstandes sich ausgelassen haben, daß die Brandt'sche Leiche in ihrem Garten gefunden worden ist. Beide beschuldigen die Verwandten des Brandt, die Leiche desselben, der wahrscheinlich einen Selbstmord verübt, dort vergraben zu haben, um, wie sie sich ausdrücken, Kuhlmann zu beleidigen; es spricht namentlich die Ehefrau Kuhlmann mit Heftigkeit diese Beschuldigung aus, indem sie z. B. äußert: Alles, was gegen ihren Ehemann vorgebracht werde, sei von den Brandt'schen Verwandten eingefädelt worden, sie hätten die Zeugen mit ihrem Gelde bestochen; und wenn es auch noch 10 Jahre dauern solle, so werde es an den Tag kommen, daß diese schlechten Menschen es gethan; sie hätten David Brandt in der Aue gefunden, ihm den Kopf zerspalten und ihn dann im Garten eingekeilt, indem sie ferner diese Verwandten als schlechte Menschen, welche eine ganze Nacht mit dem Leichnam eines Bruders herumtasen könnten, als Schinderleute bezeichnet. Es ist nun doch kaum zu begreifen, wie zwei Menschen ohne vorgängige Beredung auf eine so wunderbare Ausrede verfallen können, deren Unglaubhaftigkeit auf den ersten Blick in die Augen fällt; noch entschiedener aber muß man zur Annahme einer Verabredung kommen, wenn man berücksichtigt, mit welcher Heftigkeit und Beharrlichkeit selbige trotz aller von dem Untersuchungsgericht gemachten Vorhaltungen der Unwahrscheinlichkeit namentlich von der Ehefrau Kuhlmann festgehalten worden ist. Eine Verabredung der inculpatischen Eheleute kann aber nicht getroffen sein, nachdem die Auffindung der Brandt'schen Leiche geschehen war; denn der Inculpat befand sich damals schon in der Haft, er hat später mit seiner Ehefrau nicht anders als im Beisein des Gerichtes verkehrt und eine Collusion während der gemeinsamen Haft hat, wie in dem Bericht des Untersuchungsgerichts bemerkt worden

Digitized by Google

ist, gar nicht stattfinden können; wie denn auch beide Eheleute erklären, im Gefängniß nichts von einander gesehen und gehört zu haben. Die durch das Obige dringend indicirte Verabredung derselben muß also geschehen sein, während die Leiche noch unentdeckt in ihrem Garten vergraben lag; der Inculpat hat also damals schon eine Untersuchung wegen des ihn bei ihrer Auffindung treffenden Verdachts befürchtet und sich gegen den Erfolg derselben durch ein mit seiner Ehefrau vereinbartes Vertheidigungssystem zu schützen gesucht, sein Schuldbewußtsein und folgeweise seine Schuld wird hiedurch in sehr wesentlicher Weise indicirt.

Es kommt weiter in Betracht, daß der Inculpat nach allem, was vorliegt, um die Zeit des Verschwindens des David Brandt sich in dringender Geldverlegenheit befand. Er hatte bis zum 12. Juli desselben Jahres als Verwalter einer dem Fräulein Behrens zu Halstenbeck gehörigen „Hall" genannten Besitzung gelebt, von wo er nach seiner späteren Wohnung in Rellingen zog. Wie nun sein Schwager, der Vogt Seider in Halstenbeck, angiebt, war, als Inculpat von „Hall" fortzog, gleich wieder die größte Armuth da; er kam bei ihm an und klagte, daß er kein Geld hätte, worauf Seider ihm 6 Pr. Thaler lieh; am nächsten Tag klagte er, daß er nichts zu leben hätte und erhielt nun einen Himpten Roggen und einen Himpten Buchweizen mit der Ermahnung, daß er nun zusehen müsse, mehr zu verdienen. Er scheint auch noch vor dem Verschwinden des Brandt sich vergeblich um eine größere Anleihe an den Eingesessenen Fölsch in Rellingen gewandt zu haben; doch liegen hierüber keine hinreichend bestimmte Emittelungen vor. Nach seiner eigenen Angabe verrichtete er von der Ernte bis zum Rellinger Markte, den 10. October, Tagelöhnerarbeit, womit er 28 ß täglich verdient haben will, von welchem Verdienst er aber seine aus ihm, seiner Frau, dem Dienstmädchen und zwei jüngern Töchtern bestehende Familie zu unterhalten, außerdem die Kosten eines mit dem 8. Septbr. jenes Jahres eingetretenen Wochenbetts seiner Frau zu bestreiten hatte. Nach dem Rellinger Markt stellte er seine Tagelöhnerarbeit ganz ein und beschäftigte sich damit, seine Kartoffeln auszunehmen, das Land zu beackern und in Ordnung zu bringen, Roggen zu säen u. dgl., was bis Ausgang October dauerte. Hier liegt also eine Zeit völliger Verdienstlosigkeit vor und der Inculpat behauptet auch selbst nicht, während dieser Zeit besondere Einnahmen gehabt zu haben; ein Guthaben von 90 ℔, welches er noch von dem Fräulein Behrens zu fordern hatte, ist ihm erst am 27. Novbr., nachdem der Betrag desselben an diesem Tage nach längeren Differenzen durch notariellen Vergleich festgestellt war, ausbezahlt worden. Inculpat hat also offenbar damals in bedrängten Umständen gelebt, womit auch die Angabe seines Dienstmädchens übereinstimmt, nach welcher, als sie noch auf dem „Hall" wohnten, das Essen ganz gut gewesen, nachdem sie aber nach Rellingen gezogen waren, es manchmal recht knapp hergegangen ist, indem zuweilen keine Butter auf dem Tisch und Morgens nicht einmal Brot vorhanden gewesen, so daß das Mädchen öfters nicht satt geworden ist, was sie jedoch nicht hat sagen mögen. Wenn nun aber nach allem diesen der Inculpat sich zu der in Rede stehenden Zeit in pecuniairer Bedrängniß befunden haben muß, so fällt es in die Augen, daß diese Bedrängniß ihm wohl ein Motiv werden konnte, sich selbst durch Verübung eines Verbrechens Geld zu beschaffen, besonders wenn man seine ganze Persönlichkeit und die von ihm bereits anderweitig verübten Vergehen ins Auge faßt, zu welchem Ende jetzt auf sein früheres Leben zurückzugehen ist.

Der Inculpat Wilhelm Ferdinand Kuhlmann ist am 20. Mai 1821 zu Kummerfeld geboren, der Sohn eines dortigen Schullehrers. Er verlor seine Mutter schon in seinem 8. Lebensjahr, wurde bis zu seinem 12. Jahr bei seinem Vater erzogen und unterrichtet. Dann wurde dieser emeritirt und zog zu einem Bruder, welcher eine Landstelle in Pinneberg besaß. Hier besuchte der Inculpat bis zu seiner Ostern 1837 erfolgten Confirmation die Pinneberger Bürgerschule bei einem jetzt verstorbenen Rector Jensen. Nach seiner Confirmation diente er zunächst als Knecht an verschiedenen Stellen, arbeitete dann als Tagelöhner und trat zuletzt bei dem Vogt Seider in Halstenbeck in Dienst, während welcher Dienstzeit er sich mit seiner jetzigen Ehefrau, der im Jahr 1824 geborenen Tochter seines damaligen Dienstherrn Anna Magdalena Seider verlobte, mit der er im Jahre 1846 sich verheirathete, wozu er, obschon er noch keinen eigenen Herd hatte, durch die Schwangerschaft seiner Braut genöthigt war. Die Eheleute lebten denn auch noch längere Zeit getrennt, indem Inculpat fortfuhr, als Knecht zu arbei-

Digitized by Google

ten und seine Frau einen Ammendienst in Hamburg annahm; im Decbr. 1848 aber kaufte er die Milcherei eines gewissen Timm und ließ sich nun mit seiner Frau zunächst in Rellingen, dann in Halstenbeck nieder, an welchem letzteren Orte er 7 Jahre lang auf der Hofstelle der Wittwe Schneede, der Schwiegermutter des David Brandt, in dem Nebenhause gewohnt hat. Inculpat konnte aber bei seiner Milcherei nicht bestehen und verkaufte sie daher im April 1852 an den Milcher Vogt, welcher jetzt auf der Brandt'schen Hofstelle wohnt und schon öfter in dieser Untersuchung genannt ist. Er behielt aber sein bei dem Milchgeschäft benutztes Fuhrwerk und suchte sich durch allerlei Arbeiten mit diesem zu ernähren. Im Jahre 1856 zog er zu seinem Schwiegervater und trat nun bei dem Eingesessenen Hansen in Halstenbeck, dem Besitzer der schon früher erwähnten „Hall" genannten Stelle, als Verwalter in Dienst, in welcher Stellung er auch verblieb, als die Besitzung in Folge des Concuries des Hansen zunächst an einen Particulier Wittrock in Pinneberg, dann an ein Fräulein Behrens gelangte. In Gemäßheit des von ihm mit der Letzteren geschlossenen Contractes zog seine Familie nach Halstenbeck nach dem „Hall", wo sie in einem Nebenhause wohnte. Der Dienst wurde ihm aber zum 1. Juli 1861 von dem Fräulein Behrens gekündigt, welche das Vertrauen in seine Rechtlichkeit verloren hatte und der Inculpat zog nun, nachdem er noch einige Wochen nach seiner Entlassung auf dem „Hall" geblieben war, wie bereits erwähnt, in die von ihm gemiethete Wohnung in Rellingen.

Der Inculpat ist schon als 14jähriger Knabe in Untersuchung gerathen und bestraft worden, indem die Pinneberger Landdrostei ihn am 17. Novbr. 1835, da er einem andern Knaben einen Geldbeutel mit einem Spanischen Thaler und verschiedenen Schillingen aus der Tasche entwandt und gegen seinen eigenen Bruder die erwiesenermaaßen falsche Beschuldigung eines bei der Abschiederin Heidern in Kummerfeld verübten Diebstahls erhoben hatte, zu einer 20tägigen Gefängnißstrafe bei gewöhnlicher Gefangenkost und einer Ruthenzüchtigung verurtheilte. Schon in dieser Untersuchung bezeichnet sein Vater ihn als einen gottlosen Burschen, welcher ihm durch seinen Ungehorsam und seine Widerspenstigkeit viel Kummer und Sorge mache, weshalb er schon früher die Absicht gehabt habe, ihn einmal in Pinneberg von der Obrigkeit abstrafen zu lassen. Aber auch aus der spätern Zeit liegt die Anschuldigung einer ganzen Reihe der verschiedensten Uebertretungen gegen ihn vor, von denen viele freilich nicht bis zu einer Ueberführung des Inculpaten haben bewiesen werden können, in Betreff einzelner aber ein vollständiger Beweis gegen ihn vorliegt, so daß sie auch neben dem schweren ihm zur Last gelegten Verbrechen zur strafrechtlichen Beurtheilung gelangen müssen. Die ersteren Fälle dagegen bedürfen nur zum Behuf einer Characterisirung der Persönlichkeit des Inculpaten einer kurzen Erwähnung.

Im Jahr 1848 traf den Inculpaten der Verdacht eines gegen seine damalige Dienstherrschaft bei Gelegenheit eines für sie beschafften Pferdehandels verübten Betruges, im Jahr 1850 der Verdacht der von ihm vorgenommenen Fälschung zweier Quittungen; beide von der Landdrostei gegen ihn geführten Untersuchungen sind auf sich beruhen geblieben.

Nicht minder ist gegen ihn der entfernte Verdacht der Verübung zweier beträchtlicher Gelddiebstähle geäußert worden, welche resp. im Jahr 1859 bei einem in Hamburg wohnenden Schwager des Inculpaten und im Anfang des folgenden Jahres bei dem Vogte Krohn in Halstenbeck verübt worden sind.

Dann wird Inculpat beschuldigt, im Jahre 1856 oder 1857 die damals noch unmündige Tochter einer Abschiederin Dencker hinter dem Garstedterfelde, eine verwachsene und mißgestaltete Person, unter dem Vorgeben, daß er ein unverheiratheter Mann sei, geschwängert zu haben. Sowohl die geschwängerte Tochter wie die Mutter sind nicht mehr am Leben, ein Beweis des dem Inculpaten zur Last gelegten Ehebruchs ist daher nicht zu erbringen.

Weiter wird ihm vorgeworfen, daß er unter lügenhaftem Vorgeben sich entweder eine Anleihe oder Credit bei einem Kaufe verschafft habe; besonders aber scheint er seine Function als Verwalter auf dem Hall bei dem Fräulein Behrens, jetzt verheiratheten Schilling, in der gewissenlosesten Weise geübt zu haben; wie denn nach einer Bemerkung des Polizeireuters Meggersen im Publikum das Gerede gegangen ist, daß er die Behrens ungeheuer beschwindelt habe. Die Anklagen, welche in solcher Beziehung von dieser und ihrem jetzigen Ehemann, dem Hofbesitzer Schilling, gegen den Inculpaten vorgebracht worden, sind von

Digitized by Google

ihm freilich als unwahr bezeichnet worden, sie gehen dahin, daß er verschiedene Eichbäume ohne Auftrag verkauft und das dafür gelöste Geld zurückzubehalten gesucht, daß er Kartoffeln, welche die Behrens an Verwandte und Bekannte zu liefern hatte, mit einer schlechteren Sorte vertauscht, über das gedroschene Korn falsche Rechnung geführt, für die Leute, welche mit Fuhrwerk zur Stadt gewesen, mehr als das wirklich verausgabte Zehrgeld in Rechnung gestellt und Dünger von der Hofstelle auf das von ihm selbst gemiethete Land gefahren habe. Dann sind verschiedene kleinere Geräthschaften im Besitz des Inculpaten gefunden worden und von den Eheleuten Schilling als ihnen abhanden gekommen recognoscirt, während er einen anderweitigen Erwerb derselben behauptet; ein vollständiger Beweis der verübten Unterschlagung liegt aber in Betreff eines der Ehefrau Schilling gehörenden Reitsattels vor, da dieser in der Wohnung des Inculpaten gefunden und seine nach allem Angeführten an sich schon sehr wenig glaubhafte Behauptung, ihn von seiner Dienstherrin geschenkt bekommen zu haben, von ihr eidlich in Abrede gestellt worden ist.

Ferner hat Inculpat auf dem Quickborner Frühlingsmarkte des Jahres 1862 zwei dem Eingesessenen Kölln in Krupunder gehörende Pferdedecken entwandt. Diese Decken sind nach seiner Arretirung in seinem Hause gefunden worden und der Inculpat räumt ein, daß er sie an dem Abend des Marktes, als er mit einem Bäckergesellen Bammann nach Rellingen zurückgekehrt sei, ohne Wissen des Eigenthümers von dessen Wagen genommen habe, um sich und den Gesellen, welcher darüber geklagt habe, daß sein Zeug verderben werde, gegen den Regen zu schützen, daß er sie dem Kölln, mit welchem er bekannt sei, habe wieder bringen wollen, daran aber durch seine Arretirung verhindert sei. Dieser Behauptung des Inculpaten steht aber nicht nur die beeidigte Aussage des Gesellen Bammann entgegen, nach welcher es an dem fraglichen Abend, als sie Quickborn verließen, gar nicht geregnet hat, von ihm daher auch nicht über das Naßwerden seines Zeugs geklagt worden ist und der Inculpat sich überall bei dem Mitnehmen der Decken so gerirt hat, als ob sie sein Eigenthum wären, sondern auch die gleichfalls beeidigte Deposition des Eingesessenen Kölln und seiner Haushälterin, der Wittwe Gosau, welche übereinstimmend angeben, daß Kuhlmann eines Morgens nach dem Quickborner Markt zu ihnen gekommen sei und das Gespräch auf den Markt gebracht, auf die Klage des Kölln aber, daß ihm dort Pferdedecken gestohlen seien, höhnisch gelacht und nichts davon gesagt habe, daß er die Decken besitze, wobei die Ausrede des Inculpaten, daß er dies damals nicht zu sagen gewagt habe, weil Kölln trunken gewesen sei und er den Zorn desselben gefürchtet habe, dadurch widerlegt wird, daß nach der Aussage der genannten Beiden Kölln bei jenem Gespräche durchaus nicht betrunken gewesen ist.

Endlich kommt noch der bereits erwähnte Stiefeldiebstahl in Betracht, welchen der Inculpat geständigermaaßen am 14. August 1862 bei dem Pächter Franck in Rellingen, während er hier in Tagelohn arbeitete, verübt hat. Es lagen hier zwei Paar neue Stiefeln auf der Diele. Inculpat nahm, angeblich um sich das beste Paar auszusuchen, sie beide, wobei er noch seine auf dem Boden beschäftigten Mitarbeiter durch den Ausruf, da sei ein Kerl auf der Diele, zu täuschen suchte, versteckte sie draußen hinter dem Knicke und trug sie einige Tage darauf nach Hause, bei welchem Transport er noch einen der Stiefel verlor. Da die Stiefel in seinem Hause gefunden wurden, hat er sich des Geständnisses nicht wohl entlegen können; aber auch in diesem Falle tritt sein stetes Bestreben, sich durch Lüge möglichst zu schützen, hervor; er behauptet einestheils, daß damals wirklich ein fremder Mann auf der Diele gewesen sei, wovon jedoch sonst Niemand irgend etwas gesehen hat, und will andererseits die Absicht gehabt haben, dasjenige Paar der gestohlenen Stiefel, welches ihm am wenigsten gefiele, dem Eigenthümer zurückzubringen, was augenscheinlich erlogen ist. (Die Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

22. Stück. — Den 30. Mai 1864.

Entscheidungen.

Ob die Inhabilität einer Person zum processualischen Zeugniß für den in einem Testamente eingesetzten Erben für die Fähigkeit derselben zur Function eines Testamentszeugen, insbesondere nach Dithmarscher Recht, in Betracht komme. — Die Compensation der Proceßkosten unter Verwandten findet nur bei sehr nahem Verwandtschaftsverhältniß statt.

In Sachen des Eingesessenen Boje Behrens in Röthusen, für sich und mand. noie. seiner drei Brüder, der Eingesessenen Claus Jacob Behrens in Barlt und Peter Nicolaus Behrens im Kronprinzenkooge, so wie des Pastors Thies Behrens in Büsum, Klägers, jetzt Appellanten,

wider

den Eingesessenen Hinrich Lienau Behrens zu Klitzhusen, Beklagten, jetzt Appellaten,

wegen Annullirung des von dem wail. Marten Behrens in Klitzhusen errichteten Testaments, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Süderdithmarscher Gerichts vom 1. Februar d. J.,

ergeben die Acten:

Der Eingesessene Marten Behrens zu Klitzhusen ist mit Hinterlassung eines am 22. Juni 1857 in der im Dithmarscher Landrecht vorgeschriebenen Form errichteten Testaments verstorben, in welchem er seinen Brudersohn, Hinrich Lienau Behrens, zu seinem Universalerben eingesetzt, seine Brüder Peter Nicolaus, Claus Jacob, Thies und Boje Behrens dagegen, welche neben dem Vater des eingesetzten Erben und den Kindern von zwei vorverstorbenen Schwestern des Testators diesen ab intestato beerbt haben würden, nur mit Legaten bedacht hat.

Die genannten vier Brüder des Testators haben nun durch einen von ihnen, Boje Behrens, resp. propr. und mand. noie., eine Klage gegen den eingesetzten Universalerben bei dem Süderdithmarscher Gerichte erhoben, in welcher sie die Annullirung des Testaments und die Eröffnung der Intestaterbfolge mit Rücksicht darauf beantragen, daß der eine der beiden adhibirten Testamentszeugen, Peter Haß in Norderbarlt, schon zur Zeit der Testamentserrichtung der Schwiegervater des Beklagten gewesen und deshalb ein inhabiler Zeuge sei, welcher nicht, wie dies im Dithmarscher Landrecht Art. 26 § 1 auch ausdrücklich erfordert werde, binnen Gerichts für den Beklagten zeugen könne, da das Verhältniß der Schwägerschaft in Ansehung der Fähigkeit zu Zeugschaften dem der Blutsverwandtschaft gleichstehe.

Der Beklagte hat die Relevanz des angeführten Nichtigkeitsgrundes sowohl nach gemeinem Recht, wie nach Dithmarscher Landrecht, bestritten und es ist darauf nach stattgehabter weiterer Verhandlung von dem Süderdithmarscher Gericht unterm 1. Februar d. J. in Uebereinstimmung mit dem Antrage des Beklagten erkannt worden: *)

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß sämmtliche von propr. et mand. noie. Kläger zur Begründung seiner Klage

Digitized by Google

daß Kläger mit seiner unbegründeten Klage abzuweisen, auch schuldig sei, dem Beklagten die Kosten des Processes, des. et mod. salva, zu erstatten,

wogegen der Kläger in qual. qua sofort das Rechtsmittel der Appellation eingewandt und bei dessen Prosequirung seine Beschwerden darin gesetzt hat:

1) daß, wie geschehen, und nicht vielmehr nach dem Antrag der Klage erkannt, eventuell
2) daß nicht wenigstens die Proceßkosten compensirt worden.

Nach stattgehabter Appellationsverhandlung steht zur Frage: ob diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß es nach Römischem Recht überall nicht bestritten ist, daß die processualische Inhabilität einer Person zur Ablegung eines Zeugnisses für den in einem Testament eingesetzten Erben für die Fähigkeit derselben Person zu der Function eines Testamentszeugen ein irrelevantes Moment ist, indem neben den Fällen der absoluten Unfähigkeit zum Testamentszeugniß ein Verhältniß der relativen Unfähigkeit nur durch die Erbenqualität selbst und das Verhältniß väterlicher Gewalt zwischen dem Testator oder dem Erben und dem Zeugen begründet wird;

---

vorgebrachten Thatsachen und namentlich auch der Umstand, daß der Eingesessene Peter Haß in Barlt, welcher bei der unterm 22. Juni 1857 stattgehabten Errichtung des Testaments des wail. Marten Behrens in Klitzhusen als Zeuge fungirt hat, schon zur Zeit der Testamentserrichtung Schwiegervater des im Testamente qu. zum Universalerben eingesetzten Beklagten gewesen, in der Litiscontestation eingeräumt und daher unter den Parteien nicht streitig sind; daß hier mithin lediglich zur Frage stehen kann, ob die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der nicht begründeten und daher nicht zuständigen Klage rechtlich fundirt sei;

in Erwägung nun, daß die einzige Bestimmung, welche das Dithmarscher Landrecht in Betreff der Testamentszeugen getroffen hat, im Artikel 26 enthalten ist, in welchem nur vorgeschrieben ist, daß „frame und besetene Lüde" hiezu genommen werden sollen, daß aber durch den erläuternden Zusatz, „de also baven beschreben, binnen Gerichts tügen können", nur die Qualification der Zeugen an sich, wie dieselbe im Art. 5 näher bezeichnet, nicht ihr Werth im Verhältniß zu anderen hat bestimmt werden können, da, wenn auch die im Art. 5 aufgeführten und etwanige sonstige durch die Doctrin und Praxis für Beweiszeugen eingeführte relative Inhabilitätsgründe für Testamentszeugen zur Anwendung kommen sollten, nothwendig auch eine im Landrecht nicht enthaltene Bestimmung getroffen sein müßte, im Verhältniß zu wem dieselben als inhabil zu betrachten, ob nur in ihrem Verhältniß zum Erben oder auch zum Testator, für welche beide sie gleicherweise als Zeugen fungiren, überdies auch aus einer derartigen völligen Gleichstellung der Solennitätszeugen mit den Beweiszeugen consequenterweise folgen würde, daß nach Dithmarscher Landrecht Jeder, welcher in letzterer Qualität als habil zu betrachten, auch als Solennitätszeuge fungiren könne, was eine so wesentliche Abweichung vom gemeinen Recht enthalten würde, daß sie ohne eine ausdrückliche dispositive Bestimmung nicht angenommen werden kann, wie denn auch in der That diese Abweichung in der Praxis nicht angenommen wird;

in Erwägung, daß, wenn überall die im Art. 5 aufgeführten relativen Inhabilitätsgründe, insofern sie nicht mit den betreffenden gemeinrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehen, auf die Testamentszeugen keine Anwendung leiden können, dies noch viel weniger mit denjenigen der Fall sein kann, derer, wie des Verhältnisses des Schwiegervaters zum Schwiegersohn, in dem erwähnten Artikel gar nicht gedacht ist;

in Erwägung daher, daß beim Mangel bestimmter Vorschriften des Dithmarsischen Landrechts über die relativen Inhabilitätsgründe für Testamentszeugen lediglich die desfälligen gemeinrechtlichen Bestimmungen maaßgebend sein müssen;

in Erwägung, daß gemeinrechtlich das Verhältniß des Schwiegervaters zum Schwiegersohn dieselben nicht unfähig macht, als Testamentszeugen für einander zu fungiren, da gemeinrechtlich nicht der Vortheil oder Nachtheil, den Jemand bei der Errichtung eines Testaments hat, sondern lediglich der Umstand, ob er zum Testator oder dem Erben in dem Verhältniß der väterlichen Gewalt steht, die relative Unfähigkeit, als Testamentszeuge zu fungiren, bedingt;

in Erwägung, daß somit die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der unbegründeten Klage als rechtlich fundirt erscheint, Beklagter also mit selbiger gehört werden muß.

Digitized by Google

in Erwägung, daß auch das Canonische Recht bei Anordnung seiner eigenthümlichen Testamentsform, während es die Zahl der Zeugen beschränkt, über ihre Fähigkeit zum Testamentszeugniß keine von dem Römischen Recht abweichende Grundsätze aufgestellt hat, indem es die zu adhibirenden Zeugen nur allgemein als idonei oder legitimi testes bezeichnet,

cap. 10 und 11 X. de testam. 3, 26,

damit also auf die desfälligen römisch-rechtlichen Bestimmungen hingewiesen hat;

in Erwägung sodann, daß das Dithmarscher Landrecht im Art. 26 § 2 die Zuziehung solcher Zeugen zur Testamentserrichtung gefordert hat, welche, wie vorher, d. h. im 5ten Artikel, geschrieben sei, binnen Gerichtes zeugen könnten, daß aber diese Bestimmung offenbar nur auf die im Eingang und den ersten beiden Paragraphen dieses Artikels angeführten absoluten Inhabilitätsgründe bezogen werden kann, indem einestheils die Vermuthung namentlich in der vorliegenden Frage, wo die Dithmarsische Testamentsform eben nur die des Canonischen Rechtes ist, für die möglichst geringe Abweichung des Dithmarscher Landrechts von den entsprechenden Bestimmungen seiner Hülfsrechte spricht, jedenfalls eine solche Abweichung, um sie als vorhanden anzunehmen, eines bestimmteren Ausdrucks bedurft hätte, und anderntheils auch nach allgemeiner Betrachtung bei der verschiedenen Bedeutung der Beweis- und der Solennitätszeugen nicht zu ersehen ist, wie ein vorhandenes nahes Verhältniß eines Testamentszeugen zu dem Erben, wenn es nicht etwa, wie das der väterlichen Gewalt, aus dem Gesichtspunkt der Personeneinheit influirt, ihn dazu unfähig machen sollte, bei dem Acte der Testamentserrichtung als solchem als Solennitätszeuge mitzuwirken, da doch nur davon die Rede sein könnte, daß er eventuell unfähig sein würde, für die Aufrechthaltung des Testaments zu Gunsten des Erben mit seinem gerichtlichen Zeugniß einzutreten, wenn dasselbe etwa später aus formellen Gründen im Rechtswege angefochten würde oder es sich darum handelte, bei verloren gegangener Urkunde den Inhalt des Testaments zu constatiren; und

in fernerer Erwägung, daß, selbst wenn man die Bestimmung des Art. 26 des Landrechts in dem von dem Appellanten angenommenen Sinn interpretiren wollte, hieraus doch keine Nullität des fraglichen Testaments sich ergeben würde, weil ein Schwiegervater im Verhältniß zu seinem Schwiegersohn gemeinrechtlich kein zum gerichtlichen Zeugniß unfähiger, sondern nur ein verdächtiger Zeuge ist, da die Nähe des persönlichen Bandes, auf welchem die absolute Unglaubwürdigkeit des elterlichen Zeugnisses beruht, nicht im gleichen Maaße für die nur verschwägerten nicht blutsverwandten Schwiegereltern vorhanden ist, auch kein positives Gesetz die Gleichstellung der Schwiegereltern mit den leiblichen Eltern verfügt hat,

cf. Holst. Anzeigen, 1856, S. 353,

und weil ferner auch das Dithmarscher Landrecht keine weiter gehende Vorschrift enthält, da der Art. 5 § 3 desselben nur von dem Verhältniß des Vaters zum Sohne spricht und man um so weniger berechtigt ist, den Ausdruck „Vater" auch auf den Schwiegervater zu beziehen, als das Landrecht zur Bezeichnung des letzteren im Art. 10 princ. sich eines andern Ausdrucks bedient hat; so wie

in endlicher Erwägung, daß weder eine Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage, noch ein so nahes verwandtschaftliches Verhältniß der Parteien vorhanden ist, daß eine Vergleichung der Kosten gerechtfertigt wäre;

wird auf eingereichte Unterinstanzacten und eingelegte Recesse, so wie stattgehabte mündliche Verhandlung, hiedurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Süderdithmarscher Gerichts vom 1. Februar d. J. pure zu confirmiren und ad exequendum zu remittiren, Appellant in qual. qua auch schuldig sei, dem Appellaten die Kosten dieser Instanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehalten, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich x. Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 21. Juni 1860.

Digitized by Google

Criminalfälle.

Raubmord.

(Fortsetzung.)

Das ganze bisherige Leben des Inculpaten bildet hienach eine zusammenhängende Reihe von Unrechtfertigkeiten, zum Theil auch verbrecherischen Handlungen, und man darf, wenn auch vieles bei seinem systematischen Leugnen nicht so weit hat erwiesen werden können, daß eine Bestrafung möglich wäre, doch kein Bedenken tragen, den Inculpaten als einen verworfenen Menschen zu bezeichnen, welcher sich, wo es seinen Vortheil gilt, durchaus nicht scheut, ein Verbrechen zu begehen.

Es sind in dem Bisherigen die Anzeigen zusammengestellt worden, welche für die Schuld des Inculpaten sprechen und, wie schon jetzt bemerkt werden mag, zu seiner Ueberführung genügen; es ist auch schon eben versucht worden, den Nachweis zu führen, daß zwischen der Zeit, zu welcher der Hofbesitzer Brandt an dem fraglichen Morgen in Rellingen gesehen wurde, und der Zeit, zu welcher der Inculpat auf der Nachbarschaft erschien, ein Zeitraum von mehr als einer halben Stunde, demnach von solcher Dauer gelegen ist, daß Inculpat in demselben die That verüben und ihre Spur verbergen konnte; es fragt sich noch, wie das Verbrechen nach den in Betracht kommenden Localitäten verübt werden konnte.

Der Hofbesitzer Brandt ist an dem osterwähnten Morgen zuletzt in Rellingen gesehen worden, hat Pinneberg, das Ziel seiner damaligen Tour, nicht erreicht; der Umstand, welcher ihn hieran gehindert hat, nach dem, was jetzt vorliegt, seine Ermordung, muß also an dem Morgen geschehen sein. Da nun nichts dafür vorliegt, daß der Inculpat an diesem Morgen, ehe er auf die Nachbarschaft ging, seine Wohnung verlassen hat, wogegen auch noch positiv die Aussage seines Mädchens, der Anna Köckenhoff, spricht, so kann es, wenn man noch daneben den Umstand in Betracht zieht, daß die Leiche des Ermordeten in geringer Entfernung von dem Hause des Inculpaten vergraben worden ist, wohl nicht zweifelhaft sein, daß, wenn Inculpat den David Brandt ermordet hat, er dies in seiner Wohnung gethan haben muß.

In dieser Wohnung tritt man durch die Hausthür auf eine Diele, welche durch die ganze Länge des Hauses und durch eine Hinterthür nach dem Garten führt. An der linken Seite der Diele liegen Wohnstube, Küche und Mädchenkammer, die beiden ersten Räumlichkeiten mit einer nach der Diele führenden Thür versehen. Rechts von der Diele liegt nach vorne eine Stube oder Werkstelle, nach hinten ein Local, in welchem früher die Färberei betrieben worden ist, jetzt aber ein Schweine- und Ziegenstall sich befindet. Beide Localitäten sind durch eine Zwischenthür verbunden. Von der Werkstelle, nicht aber von dem Färbereilocal, führt eine Thür nach der Diele, welche von der Werkstelle aus zugeklinkt werden kann, von der Färberei geht eine Thür, die sich ebenfalls von innen zuklinken läßt, nach dem Garten.

Diese Färberei war nun entschieden das geeignetste Local für den Inculpaten, das Verbrechen zu verüben. Im Vergleich gegen die auf der andern Seite der Diele belegenen Localitäten liegt dies auf der Hand, auch der Boden, zu welchem von der Küche aus eine Treppe führt, bietet keine Sicherheit gegen sofortige Entdeckung. Die Werkstelle aber hat große und niedrige Fenster, in welche von draußen hereingesehen werden kann. So bleibt eben das Färbereilocal, und dieses bot den doppelten Vortheil, daß sich nur ein einziges kleines Fenster in der nach dem Thestorffer Wege belegenen Außenwand befindet, dessen Scheiben dick und blind sind und in welches, weil es 6 Fuß hoch angebracht ist, nicht von außen hineingesehen werden kann, und daß es gegen die Diele, weil keine Thür nach derselben vorhanden, abgeschlossen ist, so daß ein in der Färberei entstehendes Geräusch auf der Diele und im übrigen Hause weniger bemerklich ist. Dann war es dem Inculpaten möglich, in der Färberei sich durch Zuklinken der Thüren (nach dem Garten und zwischen Werkstelle und Diele) gegen Entdeckung zu sichern, vor welcher er übrigens auch durch die sonstigen Umstände ziemlich gesichert war, da außer ihm nur sein Dienstmädchen mit dem Füttern der Schweine und dem Melken der Ziege etwas in der Färberei zu schaffen hatte, diese Geschäfte sie aber,

Digitized by Google

nachdem sie in der Frühe des Morgens schon geschehen waren, erst um die Mittagszeit wieder in das Local führen konnten; und selbst für ein vorläufiges Verbergen der Leiche bot sich hier entweder in einem alten Schornsteine oder in einem dort befindlichen ungefähr 10 Fuß tiefen und mit losen Brettern zugedeckten Brunnen, welcher früher zu Färbereizwecken benutzt war, eine geeignete Localität.

Dem in dem Bisherigen ausgeführten Anschuldigungsbeweis gegen den Inculpaten ist nun noch eine Erörterung der für ihn etwa in Betracht kommenden Gegenindicien an die Seite zu stellen.

Zunächst ist hervorzuheben, daß Niemand hat ermittelt werden können, welcher den David Brandt an dem fraglichen Morgen in das Haus des Inculpaten hineintreten gesehen hat, denn die im Anfang der Untersuchung auftretende Behauptung, daß die Ehefrau des Jägers Kuhlmann in Rellingen es gesehen, hat sich bei eingehender Nachforschung als ein grundloses Gerede herausgestellt. Dieser Umstand würde indessen nur dann zu Gunsten des Inculpaten wesentlich in Betracht kommen, wenn Brandt beim Hineingehen in die Wohnung des Inculpaten von den Nachbarhäusern aus nothwendig hätte bemerkt werden müssen. Dies läßt sich aber nicht behaupten. In der Nähe der Wohnung des Inculpaten liegen die Häuser des Schusters Timm, des Bäckers Bandholz und des Wirthes Kunstmann; der Erstere hat nun seine Werkstelle hinten im Hause und er und seine Frau halten sich selten in der Wohnstube auf, von wo aus man die Wohnung des Inculpaten erblickt, in dem Bandholz'schen Hause wird ebenfalls die nach der Seite des Inculpaten belegene Wohnstube in der Regel nicht benutzt, und wenn man sich der Vorgänge im Kunstmann'schen Hause an dem fraglichen Morgen erinnert, so ergiebt sich auch die geringe Wahrscheinlichkeit, daß man von hier damals das Haus des Inculpaten ins Auge faßte, da zu der betreffenden Zeit die Frau in der Küche beschäftigt war, die Söhne auf der Diele beim Dreschen waren und der Wirth Kunstmann selbst noch im Bette lag.

Eben so wenig kann es auffallen, daß es der Untersuchung nicht hat gelingen wollen, irgend welche Spuren des verübten Verbrechens in der Wohnung des Inculpaten aufzufinden, namentlich das Vorhandensein darauf hinweisender Blutspuren zu constatiren, in welcher letzteren Beziehung die beauftragten Sachverständigen in Untersuchung einerseits der in der inculpatischen Wohnung vorgefundenen Werkzeuge (einer Axt, zweier Beile und eines Hammers), andererseits der zu einem in der Färberei befindlichen Schweinetrog gehörigen Hölzer, an welchen verdächtige Flecke sich fanden, mit vieler Sorgfalt thätig gewesen sind, ohne jedoch auch nur zu einer Nachweisung des wahrscheinlichen Vorhandenseins von Menschenblut zu gelangen. Es erklärt sich dies vollkommen, wenn man berücksichtigt, daß die Beschaffenheit der an der Brandt'schen Leiche gefundenen Verletzungen nach dem gerichtsärztlichen Gutachten gar nicht die Nothwendigkeit einer stattgehabten erheblichen Blutvergießung mit sich führt (wie denn auch die Bekleidung der Leiche, an welcher, wie oben bemerkt ist, verschiedene dunkle Flecke sich fanden, nur wenig Blut enthalten zu haben scheint), daß es überhaupt nach Ablauf eines längeren Zeitraums schwer ist, zu constatiren, ob gewisse vorgefundene Blutflecke Menschenblut sind, und daß der Inculpat jedenfalls Zeit genug gehabt hat, alle Spuren des Verbrechens zu beseitigen.

Auch wird man auf die Verwegenheit der That und den geringen Betrag des Geldes, welches durch dieselbe (wenigstens nach dem, was ermittelt worden) zu erlangen war, sich schwerlich zu Gunsten des Inculpaten berufen können, da es eine nicht seltene Erfahrung ist, daß schwere Verbrechen wegen eines geringfügigen Vortheils und mit der größten Gefahr der Entdeckung verübt werden; auch ist nicht zu verkennen, daß die That des Inculpaten ungeachtet der frechen Verübung schwerlich zur Entdeckung gelangt wäre, wenn nicht der Inculpat selbst nachträglich bei seinen Nachbaren die Aeußerung über den von ihm erwarteten Besuch des Ermordeten gethan und wenn nicht ein anderes von ihm verübtes Verbrechen das Einschreiten des Gerichts gegen ihn provocirt hätte.

Eben so wenig vermag den Inculpaten der Umstand zu schützen, daß von seinen Nachbaren bei seinem Besuch in ihrer Wohnung nichts Auffallendes bemerkt ist, daß er sich dort in unbefangener und zum Theil scherzender Weise geäußert hat. Denn es läßt sich dieser Umstand auch durch die Annahme einer großen

Digitized by Google

Energie und Selbstbeherrschung des Inculpaten erklären und wird jedenfalls dadurch neutralisirt, daß an dem folgenden Nachmittag der Ehefrau Vogt und dem Wachtmeister Cassuben sein blasses Aussehen aufgefallen ist; nach der Aeußerung der Ersteren war er damals weiß wie sein Hemd.

Man kann ferner auch darin nichts Auffälliges finden, daß der Inculpat auch noch nach dem Verschwinden des Brandt sich in Geldnoth befunden zu haben scheint. Es erklärt sich dies vollkommen, wenn man annimmt, daß er durch den Mord nur eine geringe Summe, vielleicht weniger als er zu erlangen hoffte, erlangt hat.

Das auffälligste Moment und eigentlich das einzige in Betracht kommende Gegenindicium bleibt immer der Umstand, daß das Dienstmädchen des Inculpaten an dem fraglichen Morgen weder von Brandt etwas gesehen noch überhaupt etwas Auffallendes im Hause ihres Dienstherrn bemerkt haben will. Sie behauptet, an dem Morgen zu Hause gewesen zu sein, während sie sonst zuweilen für den Inculpaten außer dem Hause in Tagelohn gearbeitet hat, und diese Behauptung wird durch die Aussage der Ehefrau Kunstmann bestätigt, nach welcher die Köckenhoff den Tag öfter bei ihrer Pumpe Wasser geholt und ihr damals auch gleich erzählt hat, sie sei nicht aus dem Hause gewesen, höchstens könne sie einmal zu dem Höker Tenner in Rellingen geschickt sein. Die Köckenhoff giebt selbst über ihre Beschäftigung an, daß sie an dem Morgen noch in der Dämmerung aufgestanden sei, vor dem Kaffeetrinken die Ziege gemolken und die beiden Schweine gefüttert, dann Kaffee getrunken, das kleine Mädchen angezogen, Stube und Küche rein gemacht und mehrere Male Wasser aus der Kunstmann'schen Pumpe geholt habe, später aber in der Küche beschäftigt gewesen sei; sie erklärt es dabei für möglich, daß sie einmal zum Höker Tenner gewesen sei und im Garten Kohl für die Schweine geblättert habe. Es liegt nun der Gedanke am nächsten, daß das Mädchen, sei es aus Furcht vor dem Inculpaten oder aus Mitleid mit ihm, mit der Wahrheit zurückhalte, und eine Unterstützung dafür schien Anfangs in dem Umstand gegeben, daß der Gefangenwärter Schmidt ein zwischen dem Inculpaten und einem Mitgefangenen Stoldt geführtes Gespräch belauscht haben wollte, in welchem Ersterer den Letzteren beauftragt, nach seiner Entlassung der Köckenhoff wo möglich ans Wort zu kommen, und der Möglichkeit, daß sie ihn verrathen könne, gedacht hätte. Dies Gespräch aber, welches auch, wie es nach der Schmidt'schen Angabe vorliegt, nur eine Befürchtung des Inculpaten, daß die Köckenhoff etwas von seinem Verbrechen gesehen habe, nicht aber auch die Nothwendigkeit, daß solches geschehen sei, herausstellen würde, ist von Stoldt, welcher nur eine ziemlich unverfängliche Unterhaltung mit Kuhlmann zugegeben hat, eidlich in Abrede gestellt worden, und da auch die Köckenhoff selbst, welche nach einer Bemerkung des Untersuchungsgerichts sich in allen Verhören mit großer Unbefangenheit benommen und den Eindruck eines arglosen unschuldigen Mädchens gemacht, ihre Aussage, namentlich dahin, daß sie nichts Relevantes verschweige, beeidigt hat, ist man genöthigt, alle Zweifel an ihrer bona fides fallen zu lassen. Das Landgericht glaubt aber ihr Zeugniß aus ihrer Persönlichkeit erklären zu können. Sie sei, wie auch ihre verschiedenen Aussagen klar ergäben, mit einem sehr schwachen Gedächtnisse begabt und in demselben Maaße unaufmerksam gegen ihre äußere Umgebung; danach und in Berücksichtigung des Zustandes, in welchem sie sich an dem Morgen nach durchlebten Freuden des Pinneberger Marktes befunden habe, lasse sich sehr wohl die Möglichkeit statuiren, daß sie in dem Augenblick allerdings den Eintritt eines Fremden oder dessen Stimme vernommen, solches aber nicht weiter beachtet und sofort wieder vergessen habe. Es ist dies immerhin möglich, näher scheint aber die andere Annahme zu liegen, welche auch nach den eignen Angaben der Köckenhoff über ihre Beschäftigung an dem Morgen gestattet ist, daß sie bei dem Eintreten des Brandt und seiner, wie man dann supponiren muß, kurz darauf erfolgten Ermordung, die, wenn sie hinterrücks geschah, in wenig Augenblicken geschehen konnte, grade außer dem Hause beschäftigt oder zu dem Höker gegangen gewesen ist. Jedenfalls kann also auch dies Zeugniß des Mädchens einer Ueberführung des Inculpaten nicht entgegenstehen.

Der demselben bestellte Defensor hat noch, wie schon früher angedeutet worden, in einer eigenthümlichen Weise seinen Clienten zu vertheidigen gesucht. Er nimmt an, daß der Hofbesitzer

Digitized by Google

Brandt an dem fraglichen Morgen von seinem Hofe aus zunächst auf der Landstraße nach Rellingen gegangen und auf diesem Wege von dem Brotträger Matt, der Ehefrau Wegener und dem Hinrich Kunstmann gesehen sei, daß er dann aber, weil ihm eingefallen, daß er beim Weggang aus dem Hause etwas Nothwendiges, etwa das für den beabsichtigten Einkauf erforderliche Geld, vergessen habe, bei Kuhlmann's Wohnung vorbei nach der Thestorfer Brücke gegangen sei, um auf dem zweiten in der Nähe der Eisenbahn hinführenden Wege nach seinem Hofe zurückzukehren; daß er auf diesem Wege, von Niemandem gesehen, nach Hause gelangt sei, hier, ebenfalls ungesehen, das Vergessene mitgenommen habe und nun wieder auf dem letzterwähnten Wege nach Rellingen zurückgegangen sei, auf welchem Rückwege er denn etwas nach 8 Uhr von dem Dienstknecht Pein gesehen worden sei. Brandt soll dann auf dem weiteren Wege, bevor er noch Rellingen erreichte, von unbekannter Hand auf dem Felde erschlagen worden sein.

Das Interesse dieser Annahme für die Defension liegt darin, daß nach derselben der Zeitraum von der Begegnung des Brandt und des Hinrich Kunstmann bis zu dem Erscheinen des Inculpaten in der Kunstmann'schen Wohnung, in welchem nach der bisherigen Annahme die Mordthat verübt ward, von dem Hin- und Hergehen des Brandt auf dem Rellinger Wege ausgefüllt ist, die Ermordung desselben also zu einer Zeit geschehen sein muß, zu welcher der Inculpat erweislichermaaßen sich schon in dem Kunstmann'schen Hause befand. Es wäre also, wenn die Hypothese des Defensors richtig ist, damit ein Alibi für den Inculpaten gegeben.

Nun ist zwar nicht zu verkennen, daß die fragliche Conjectur allerdings eine mögliche Vereinigung der verschiedenen Aussagen der Zeugen, welche Brandt an dem in Rede stehenden Morgen auf den beiden verschiedenen Wegen gesehen haben wollen, an die Hand giebt. Wenn nämlich Brandt, wie früher als wahrscheinlich nachgewiesen worden, um 7½ Uhr Morgens in Rellingen eintraf, wenn er dann zu dem Rückwege nach seiner Wohnung eine Viertelstunde und zu dem Suchen und Mitnehmen des vergessenen Geldes noch kurze Zeit gebrauchte, so steht es damit in Einklang, wenn der Dienstknecht Pein ihn um und bei 8 Uhr Morgens wieder auf dem Rückweg nach Rellingen gesehen haben will, wobei freilich der Zeitangabe dieses Letzteren eine größere Zuverlässigkeit vindicirt werden muß, als sie, weil von einem auf dem Felde pflügenden Knechte nach ungefährer Schätzung geschehen, in Wirklichkeit zu beanspruchen hat. Es ist dies aber in der That auch das Einzige, was für diese Hypothese spricht, welcher im Uebrigen Alles entgegensteht.

Will man nämlich auch über das Auffallende hinwegsehen, welches darin liegt, daß Brandt beim Weggehen aus seiner Wohnung zur Besorgung von Einkäufen grade sein Geld sollte vergessen, daß er dies grade in Rellingen erst sollte gemerkt und nun einen andern Weg, als den zuerst benutzten, zur Rückkehr nach seinem Hause sollte gewählt haben, daß er auf diesem ganzen Wege von Niemandem sollte gesehen sein, so steht doch der fraglichen Hypothese fast entscheidend der Umstand entgegen, daß die von dem Defensor supponirte Rückkehr des Brandt nach seinem Hause von Niemandem bemerkt worden ist, während die Verhältnisse der Art waren, daß sie nicht wohl unbemerkt bleiben konnte. Das Untersuchungsgericht ist in Veranlassung der vorgebrachten Defensionalbehauptungen angewandt gewesen, dies noch nachträglich durch Vernehmung der beiden Brandt'schen Töchter und der Ehefrauen Keßler und Vogt zu constatiren. Alle diese Zeuginnen haben mit Bestimmtheit erklärt, daß sie den David Brandt auf der Hofstelle nicht wieder gesehen hätten. Die beiden Töchter bemerken dabei, sie wüßten sich des Morgens, als ihr Vater ausgegangen und dann nicht wieder gekommen sei, noch sehr wohl zu entsinnen und erinnerten ganz bestimmt, daß sie beide den ganzen Vormittag zu Hause gewesen, wo sie in der Stube, Küche oder auf der großen Diele beschäftigt gewesen seien; wie denn auch das Mädchen im Anfang des Vormittags, bis sie mit ihrer Arbeit fertig geworden, noch zu Hause gewesen sei; ihrer Meinung nach sei es unmöglich, daß ihr Vater wieder auf der Hofstelle habe sein können, ohne daß sie es bemerkt hätten. Die Vogt ist an dem Morgen nach dem Pinneberger Markt vor der großen Hinterthür ihres Hauses, an welcher Brandt auf dem von dem Defensor angenommenen Wege hätte

Digitized by Google

vorüberkommen müſſen, ſo um und bei 8 Uhr mit dem Auswaſchen ihrer Milchereigeräthe beſchäftigt geweſen; auch ſie hätte nach ihrer Meinung ſein Vorbeigehen bemerken müſſen.

Nicht minder ſpricht gegen die Conjectur des Defenſors, daß nach derſelben der Hofbeſitzer Brandt, ehe er noch wieder auf dem Rückwege nach Pinneberg das Dorf Rellingen erreichte, in geringer Entfernung von der Stelle, wo er von Pein geſehen ſein ſoll, auf freiem Felde erſchlagen worden iſt. Es hält in der That ſchwer, ſich die Möglichkeit zu denken, wie ein kräftiger Mann, wie Brandt es war, am hellen Morgen, während ſchon die Leute auf dem Felde beſchäftigt waren, und auf offenem Felde in der Weiſe, wie es nach den Spuren an ſeiner Leiche geſchehen, ſollte ermordet worden ſein, und auch der Defenſor weiß nur die unglaubliche Hypotheſe aufzuſtellen, daß Brandt, der doch die größte Eile hatte, nach Pinneberg zu gelangen, an dem Morgen, überwältigt von der Müdigkeit nach der zum Theil auf dem Pinneberger Markt verlebten Nacht, unterwegs ſich zum Schlafen niedergelegt habe und eingeſchlafen ſei, daß dann ein Unbekannter vorbeigekommen ſei, in dem Bündel, welches Brandt bei ſich geführt, Geld vermuthet und nun (ſtatt einfach dies Bündel dem Schlafenden zu entwenden und damit fortzulaufen) ihn (mit welchem Inſtrument dann, bleibt völlig dahingeſtellt) erſchlagen habe.

Abſolut unerklärlich aber bleibt es nach dieſer Hypotheſe, wie und warum denn die Leiche des ſolchergeſtalt Ermordeten in dem Garten des Inculpaten vergraben worden iſt, und es iſt nicht erforderlich, hier dem Gedankengang des Defenſors noch weiter zu folgen.

Man muß demnach den Vertheidigungsverſuch, welchen der Defenſor für ſeinen Clienten unternommen hat, wie dies auch von dem Unterſuchungsgericht geſchehen, als einen durchaus mißlungenen bezeichnen, der nicht geeignet iſt, das Gewicht der gegen den Inculpaten erbrachten Indicien irgendwie zu entkräftigen.

Faßt man nun dieſe Indicien in der Kürze dahin zuſammen, daß der Hofbeſitzer David Brandt am Morgen des 22. October 1861 in geringer Entfernung von der Wohnung des Inculpaten zuletzt geſehen worden, daß am 19. Auguſt des folgenden Jahres ſeine Leiche mit den unzweideutigen Spuren einer ſtattgehabten Ermordung und beraubt in dem Garten des Inculpaten vergraben gefunden worden iſt; daß es nach dem Ergebniß der in Betreff dieſes Punktes ermittelten Umſtände als erwieſen angeſehen werden muß, daß der Inculpat die Leiche dort vergraben hat; daß er an dem fraglichen Morgen kurz nach dem Verſchwinden des Brandt in ſehr verdächtiger Weiſe über ein vergebliches Erwarten deſſelben ſich geäußert hat; daß ſein Verhalten in der gegen ihn geführten Unterſuchung, namentlich der Thatſache gegenüber, daß die Leiche des Ermordeten in ſeinem Garten gefunden worden iſt, auf ſein Schuldbewußtſein deutet, insbeſondere auch die von ihm und ſeiner Ehefrau in auffälliger Uebereinſtimmung vorgebrachte Vertheidigung darauf hinweiſt, daß ſchon vor Einleitung der Unterſuchung eine Beredung behufs der Abwendung des Verdachtes unter ihnen ſtattgefunden hat; daß der Inculpat nach Allem, was über ihn vorliegt, ein Menſch iſt, vollkommen fähig, um des Geldes Willen ein Verbrechen zu begehen, daß endlich in ſeiner ſehr bedrängten pecuniairen Lage zur Zeit des Verſchwindens des Brandt für ihn ein Beweggrund zur Verübung des Verbrechens gegeben war, ſo muß man aus dieſem Allen ungeachtet der Zweifel, welche aus den hervorgehobenen Gegenindicien ſich ergeben, die Ueberzeugung gewinnen, daß der Inculpat Kuhlmann den in Frage ſtehenden Raubmord an dem Hofbeſitzer David Brandt verübt hat.

(Der Beſchluß folgt.)

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

23. Stück. — Den 6. Juni 1864.

Entscheidungen.

Justiz und Administration

(betreffend zugleich die Wiederherstellung der Befugniß der Gerichte zur Entscheidung über ihre Competenz bei Competenzconflicten).

Der Hufner H. Butenschön in Grevenkrug ward unterm 21./24. August v. J. von dem Bordesholmer Amthause in eine Brüche von 5 ℛ verurtheilt, weil er die von ihm zu reinigende Strecke des Waldbachs wiederholter Aufforderung ungeachtet nicht gereinigt hatte. Gegen dies Brücherkenntniß supplicirte er an das Obergericht, das Amthaus aber suchte in dem in dieser Veranlassung eingezogenen Bericht auszuführen, daß die Supplication nicht an das Obergericht, sondern an die Regierung zu richten gewesen wäre. Nachdem unterm 4. v. M. dem Amthause aufgegeben war, über die Sache selbst Bericht zu erstatten, beantragte es in einem an die vormalige Holsteinische Regierung gerichteten Bericht, daß dieser Competenzconflict zwischen der richterlichen und administrativen Behörde in Gemäßheit des § 8 der Verordnung vom 11. Juni 1854, betr. die Verfassung des Herzogthums Holstein, von dem Geheimen Staatsrath Sr. Majestät des Königs von Dänemark entschieden werden möchte.

Dieser Antrag ward von der Regierung dem Obergericht zu seiner Aeußerung mitgetheilt, worauf sich dasselbe in seinem unterm 23. December v. J. an die inzwischen eingetretene Herzogliche Landesregierung zu Kiel erstatteten Berichte folgendermaaßen aussprach:

„Die Erkennung von Strafen, namentlich auch von Brüchen, ist nach gemeinem wie nach vaterländischem Rechte ein Act der Justiz und das Obergericht hat zufolge des § 31 seiner Instruction vom 15. Mai 1834 über die Rechtmäßigkeit der von der richterlichen Polizei auf Brüchen und sonstige Strafen gerichteten Erkenntnisse innerhalb der aus der Instruction für die Schleswig-Holsteinische Regierung sich ergebenden Grenzen in der Berufungsinstanz zu entscheiden.

In der Instruction für die genannte Regierung ist von den in Wasserlösungssachen zu erkennenden Brüchen nicht speciell die Rede und somit handelt es sich lediglich darum, ob die Erkennung der hier zur Frage stehenden Brüchen und die Entscheidung darüber in der Berufungsinstanz durch die Wasserlösungsordnung vom 16. Juli 1857 den Gerichten genommen und den Verwaltungsbehörden beigelegt ist.

Das Amthaus hat besonders darauf Gewicht gelegt, daß in dem § 11 der Wasserlösungsordnung die Erkennung von Brüchen den Oberbeamten zugelegt und daß diese Administrativbeamte seien. Diese Behauptung ist aber unrichtig. In den meisten Aemtern sind die Oberbeamten nicht allein Administrativ-, sondern auch Justizbeamte und in den Districten, in welchen die Administration von der Justiz getrennt worden, ist doch den Oberbeamten die Befugniß verblieben, in Polizeisachen bis zu einer zweimal fünftägigen Gefängnißstrafe oder einer entsprechenden Brüche von 25 ℛ zu erkennen. Da nun die in

Digitized by Google

Wasserlösungssachen zu erkennenden Brüchen die Summe von 20 ℛ nicht übersteigen, so bleiben die Oberbeamten stets competente Richter und somit ist aus der Zuweisung dieser Brüchsachen an die Oberbeamten ein Schluß darauf nicht zu ziehen, daß die Brüchen von den Administrativbehörden zu erkennen seien.

Die ausschließliche Berechtigung der Justizbehörden, die fraglichen Brüchen zu erkennen, ergiebt sich auch mit Bestimmtheit aus dem § 12. In diesem handelt es sich um die Verhältnisse solcher Districte, in welchen die Justiz und Administration vollständig getrennt sind, wie in den adeligen Gütern. Hier nun sollen die Pönalmandate nicht von den Gutsbesitzern erlassen, sondern von ihnen *ausgewirkt*, also bei den Justizbehörden impetrirt werden.

Endlich ist auch dem Ministerium selbst nicht die Erkennung, sondern nur die Androhung von Brüchen gesetzlich zugestanden (§ 16) und, wenn gleich es dabei heißt, daß es diese im polizeilichen Verfahren habe zur Vollziehung bringen zu lassen, so kann es doch kaum zweifelhaft sein, daß dabei an die richterliche Polizei gedacht ist, indem kein Grund vorliegen würde, warum nicht das Ministerium selbst die Brüchen sollte erkennen können, wenn solche Erkenntnisse überall von Administrativbehörden abzugeben wären.

Wenn das Amthaus ferner darauf aufmerksam gemacht hat, daß in Wegesachen Recurse gegen abgesprochene Brücherkenntnisse an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde zu richten sind, so ist diese Vorschrift allerdings im § 54 der Wegeordnung gegeben, sie beweist aber eher das Gegentheil von dem, was das Amthaus daraus herzuleiten beabsichtigt, denn wenn die Gesetzgebung 1842 es für nöthig hielt, ausdrücklich vorzuschreiben, daß der Recurs an die höhere Verwaltungsbehörde zu richten sei, so würde sie auch 1857 eine gleiche Bestimmung haben erlassen müssen, falls sie die Absicht gehabt hätte, eine gleiche Anordnung zu treffen.

Endlich ist nicht ersichtlich, warum, wie das Amthaus meint, der Zweck, welchen man mit der Verweisung des Wasserlösungswesens unter die Competenz der Administrativbehörden erreichen wollte, vereitelt werden würde, wenn hinsichtlich der Brücherkenntnisse ein gerichtliches Verfahren eintreten sollte, denn mit der Beurtheilung der Brücherkenntnisse wird in die Verwaltung des Wasserlösungswesens nicht eingegriffen und dagegen wird von den Localbehörden verlangt werden müssen, daß sie bei der Erkennung der Brüchen nicht willkürlich, sondern den Rechten gemäß verfahren, so daß ihre Erkenntnisse eine oberrichterliche Prüfung bestehen können. Gegen Willkür soll grade das gerichtliche Verfahren Schutz gewähren.

Hiermit glauben wir die Motivirung des vom Amthause aufgestellten Antrags als unzutreffend nachgewiesen zu haben. Ueber den Antrag selbst müssen wir noch Folgendes bemerken.

Der § 8 der Verfassung des Herzogthums Holstein vom 11. Juni 1854 schreibt vor: „Würden zwischen den richterlichen und administrativen Behörden Conflicte rücksichtlich ihrer Competenz entstehen, so wollen Wir es Uns vorbehalten haben, die betreffenden Entscheidungen in Unserem Geheimen Staatsrath abzugeben".

Diese Verfügung ist jetzt gänzlich unausführbar, denn wenn auch die Herren Bundescommissaire den Regenten vertreten, so sind sie doch nicht in der Lage, die zweite Bedingung zu erfüllen, nämlich die erwähnte Entscheidung in dem Staatsrath der Dänischen Monarchie abzugeben, an welchem nicht allein der Holsteinische und die Minister für die gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Monarchie, sondern auch der Schleswigsche und die Minister für die speciell Dänischen Angelegenheiten Theil nehmen. Eben so wenig, wie der § 8 daher zur Zeit ausführbar, eben so wenig läßt er sich ohne Zustimmung der gesetzlichen Landesvertretung durch eine andere Anordnung ersetzen.

Es dürfte solchemnach bis dahin, daß etwa dieses Verhältniß gesetzlich anderweitig geordnet wird, rechtlich der Zustand wieder ins Leben getreten sein, welcher vor Erlaß der Verordnung vom 11. Juni 1854 Geltung hatte und mit dem gemeinen Recht übereinstimmte, wonach den Gerichten selbst die Entscheidung über ihre Competenz zustand."

Auf Grund der vorstehenden Deductionen beantragte dann das Obergericht, daß dem Amthause ein abschlägiger Bescheid ertheilt werden möchte; welchem Antrag

Digitized by Google

die Herzogliche Landesregierung mittelst des nachstehenden an das Amthaus erlassenen Rescripts deferirte:

Bei Wiederanschließung der Anlage 2 des gefälligen Berichts vom 18. v. M., betreffend die Frage, ob die Erkennung der durch den § 11 der Wasserlösungsordnung vom 16. Juli 1857 vorgeschriebenen Brüchen den Administrativ- oder den Justizbehörden competirt, ermangelt die Landesregierung nicht, nach darüber eingezogenem Bericht des Holsteinischen Obergerichts dem Bordesholmer Amthause zu erwidern, daß, da zur Zeit eine Entscheidung über Competenzconflicte durch den Geheimen Staatsrath überall nicht möglich ist und demnach den richterlichen Behörden die Entscheidung über ihre Competenz überlassen bleiben muß, auf den Antrag des Amthauses nicht hat eingetreten werden können.

Dem Holsteinischen Obergericht ist eine Abschrift dieses Schreibens mitgetheilt.

Herzogliche Landesregierung zu Kiel, den 12. Febr. 1864.

In der Supplicationssache selbst erging darauf von dem Holsteinischen Obergericht der folgende Bescheid.

Auf die am 9. October v. J. hieselbst eingegangene Nichtigkeitsbeschwerde event. Supplication des Hufners H. Butenschön in Grevenkrug, Amts Bordesholm, Querulanten, Supplicanten, wider ein Brücherkenntniß des Amthauses vom 21./25. August und einen Bescheid vom 19./22. September v. J.,

wird, nach erstattetem Bericht des Bordesholmer Amthauses,

in Erwägung, daß zufolge des Ergebnisses der auf obergerichtliche Anordnung vervollständigten Untersuchung dem Supplicanten abseiten der Verwaltungsbehörde durch den Bauervogt die Reinigung des fraglichen Baches bei Vermeidung von Brüche anbefohlen ist und solchemnach in Gemäßheit des § 11 der Wasserlösungsordnung vom 16. Juli 1857 das Brücherkenntniß für nichtig nicht erachtet werden kann, und

in Erwägung, daß in Gemäßheit des § 9 desselben Gesetzes die Frage nach der Pflichtigkeit des Supplicanten, die Reinigung des Wasserlaufs zu übernehmen, zunächst von der administrativen Polizei und nicht von der richterlichen Behörde zu entscheiden ist,

dem Supplicanten bei Remittirung der Originalanlagen 1, 3 und 5 seiner Supplicationsschrift hierdurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 1. April 1864.

Criminalfälle.

Raubmord.

(Beschluß.)

Wie nun aber diese seine That im Detail sich gestaltet habe, muß dahingestellt bleiben, es lassen sich über die Art der Ausführung höchstens Vermuthungen aufstellen, die als solche keine weitere Berechtigung haben, und nur so viel läßt sich, wie bereits bemerkt worden ist, aussprechen, daß das Verbrechen aller Wahrscheinlichkeit nach in dem in der Wohnung des Inculpaten befindlichen Färbereilocale verübt ist. Eben so wenig läßt sich darüber mit Bestimmtheit urtheilen, ob die That nach längerer Prämeditation oder in Folge eines augenblicklich gefaßten Entschlusses vollführt sei. Der Character des Verbrechens weist aber auf die erstere Annahme hin und wenn man auch einerseits in dem plötzlichen Entstehen und der sofortigen Ausführung des verbrecherischen Gedankens eine Erklärung dafür finden kann, daß der Inculpat sich in so auffallender Weise über die nahe liegende Gefahr der Entdeckung hinweggesetzt hat, so ist es doch andererseits schwer, sich ein Bild davon zu entwerfen, wie ein Verbrechen, welches schwer in seiner Vollführung und noch schwerer in seiner demnächstigen Verheimlichung war, ohne alle Prämeditation hätte begangen werden sollen; und einen weiteren Anhalt hiefür giebt noch der Um-

Digitized by Google

stand an die Hand, daß der Inculpat constatirtermaaßen mit dem Ermordeten am Tage vor der Ermordung auf dem Pinneberger Markte verkehrt hat, hier also sehr wohl eine Verabredung über einen Besuch des Letzteren bei ihm zu irgend einem Zwecke, wenn auch nicht zu dem von dem Inculpaten in der Untersuchung angegebenen, hat getroffen werden können.

Jedenfalls aber entzieht sich die innere Seite der That sehr der Beurtheilung und schon diese Erwägung konnte eine Veranlassung geben, von der im § 5 der Verordnung vom 27. März 1843, betreffend die Bedingungen und Wirkungen des Anzeigenbeweises in Strafsachen, den Gerichten ertheilten Ermächtigung in dem vorliegenden Falle Gebrauch zu machen und statt der von dem Inculpaten den Gesetzen nach erwirkten Todesstrafe eine lebenswierige Freiheitsstrafe gegen ihn zu erkennen, wie dies von dem Oberappellationsgericht zu Kiel mittelst Rescripts vom 2. April d. J. geschehen ist, während das Holsteinische Obercriminalgericht die Ehefrau des Inculpaten Kuhlmann in Betreff des auf sie fallenden Verdachts einer Begünstigung des von ihrem Ehemanne verübten Verbrechens von der Instanz absolvirt hat.

Jenes Rescript lautet:

In Untersuchungssachen wider den Angeschuldigten Wilhelm Ferdinand Kuhlmann aus Kummerfeld,

wegen Raubmordes und Diebstahls,

wird dem Holsteinischen Obercriminalgericht auf dessen Bericht vom 11. December v. J. unter Rücksendung der Acten hiedurch eröffnet,

in Erwägung, daß der Hofbesitzer David Brandt aus Halstenbeck am 22. October 1861, nachdem er aus seinem Hause etwas nach 7 Uhr Morgens fortgegangen war, um in Pinneberg einen Einkauf von Fleisch und Mehl zu besorgen, verschwunden ist, nachdem er auf diesem Wege zunächst dem Brodträger Matt aus Bönningstedt begegnet, dann von der Ehefrau Wegener in Rellingen im Vorbeigehen bei ihrer Wohnung gesehen worden und zuletzt dem Sohne des Wirths Kunstmann in Rellingen, Namens Hinrich Kunstmann, auf der Straße zu Rellingen in geringer Entfernung von der Wohnung des Inculpaten begegnet war (während die Angabe des Arbeitsmanns Pein, welcher ihn an dem fraglichen Morgen ungefähr um dieselbe Zeit auf einem anderen Wege nach Rellingen gehend gesehen haben will, aller Wahrscheinlichkeit nach auf einer Täuschung beruht): daß darauf am 19. August des folgenden Jahres bei einer gerichtlichen Durchsuchung des Gartens des Inculpaten die Leiche des verschwundenen Brandt in diesem Garten mit den unzweideutigen Spuren eines geschehenen Mordes und ohne Zweifel auch beraubt gefunden worden ist;

in Erwägung, daß folgende Momente:

1) daß nach dem eidlichen Zeugniß der Ehefrau Memleb der Inculpat am Tage nach dem Verschwinden des David Brandt, einem Mittewochen, ein Stück seines Gartens in der Gegend, wo später die Brandt'sche Leiche gefunden worden, umgegraben hat, diese Aussage auch durch das Zeugniß des Polizeireuters Meggersen bestätigt wird, welcher am darauf folgenden Freitage in Veranlassung der ihm von dem Bäcker Bandholz gewordenen Mittheilung, daß der Inculpat in seinem Garten gegraben habe, den Garten besehen und dabei befunden hat, daß die Stelle, in der nach dem späteren Befunde die Leiche gelegen, frisch umgegraben gewesen ist, hiernach aber, und da keiner der übrigen Hausgenossen das Umgraben beschafft hat, feststeht, nicht allein, daß die betreffende Stelle kurz nach dem Verschwinden des David Brandt umgegraben worden ist, sondern auch, daß der Inculpat selbst dieses Umgraben vorgenommen hat;

2) daß zur Zeit, als der Inculpat dieses Umgraben vornahm, die Leiche bereits in dem umgegrabenen Lande gelegen haben muß, weil nach mehrfachem Zeugniß das Aussehen des umgegrabenen Landes den Winter über unverändert geblieben ist, welches nicht hätte der Fall sein können, wenn erst nach dem Umgraben die 5 Fuß tiefe Grube, in welcher die Leiche gefunden worden ist, gegraben war;

3) daß nach dem Gutachten zweier beeidigten Sachverständigen, welches sich auf eine in Gegenwart des Untersuchungsgerichts angestellte Probe stützt, das Vorhandensein der frisch gegrabenen Grube für die Leiche bei dem Umgraben des darüber

Digitized by Google

befindlichen Bodens nothwendig hat wahrgenommen werden müssen, und des Inculpaten Schweigen über diese Wahrnehmung unter allen Umständen auf seine Absicht, das Vergraben der Leiche in seinem Garten zu verheimlichen, schließen lassen würde;

4) daß eben diese Absicht weiter auch dadurch erwiesen wird, daß nach dem Urtheil jener Sachverständigen die von dem Polizeireuter Meggersen und dem Gefangenwärter Schmidt bezeugte Beschaffenheit des umgegrabenen Landes, wornach auf dem ganzen in Betracht kommenden Platze zusammenhängende Schollen gelegen haben, bei der Unmöglichkeit, daß durch das Umgraben des Bodens über der frischen Grube dort feste Schollen haben entstehen können, nur geflissentlich, etwa durch Entnehmen der auf die Grube gelegten Schollen von den Seiten derselben, hat herbeigeführt werden können;

5) daß der Inculpat Unwahrheiten über sein Graben im Garten, namentlich die Behauptung, daß er nicht vor dem 1. November dort gegraben habe, vorgebracht hat, und daß zur Vornahme dieser Arbeit in einem Garten, welcher freilich damals factisch seiner alleinigen Disposition unterlag, den er aber noch nicht für den kommenden Sommer gemiethet hatte, für ihn das gewöhnliche Motiv nicht vorhanden gewesen ist, und daß

6) die Uebereinstimmung völlig gehaltloser Antworten des Inculpaten und der Ehefrau desselben auf die Frage, wie das Auffinden der Leiche in ihrem Garten anders als dadurch, daß der Inculpat sie dort vergraben habe, erklärt werden könne, eine der Untersuchung voraufgehende Verabredung unter ihnen, mithin auch ihre Kunde von der zu erklärenden Thatsache indicirt;

in indirecter, aber völlig überzeugender Weise den Beweis, daß Inculpat selbst die Leiche des Brandt in seinem Garten vergraben hat, ergeben;

in Erwägung sodann, daß der Inculpat an dem fraglichen Morgen, etwa eine halbe Stunde nach der Zeit des zwischen Hinrich Kunstmann und David Brandt auf der Straße in Rellingen vorgefallenen Begegnens, in der Wohnung des Wirthes Kunstmann erschienen ist und sich dort dahin ausgesprochen hat, daß er noch nicht aufgestanden sein würde, wenn er nicht den David Brandt erwartete, welcher zu ihm habe kommen wollen, um unter seiner Vermittelung eine Sichtkiste des Bäckers Lahmann in Rellingen zu kaufen, wie er sich denn, nachdem er das Kunstmannsche Haus verlassen, auch in dem Hause des Bäckers Bandholz in ähnlicher Weise über sein angebliches Erwarten des Brandt geäußert hat;

in Erwägung, daß, wenn es gleich unglaubwürdig erscheint, daß der Inculpat den David Brandt nach getroffener Verabredung vom vorherigen Markttage schon früh Morgens am 22. October in seiner Wohnung erwartet haben sollte, da Brandt, als die Ehefrau Vogt in Halstenbeck an jenem Morgen mit demselben vor seinem Bette eine Unterredung hatte, die Absicht äußerte, wenigstens die weitere Tour über Rellingen hinaus nach Pinneberg erst am Abend vorzunehmen, so doch dieser Zweifelsgrund der während der Untersuchung modificirten Behauptung des Inculpaten, daß er nicht grade zu einer bestimmten Tageszeit, sondern nur im Laufe des 22. Octobers den Brandt nach Abrede zu erwarten gehabt habe, nicht entgegensteht; und

daß der angebliche Zweck der Zusammenkunft, wenngleich für die Wahrheit desselben keine unterstützende äußere Umstände ermittelt worden sind, doch nicht so auffallend angesehen werden kann, daß es nicht denkbar sein sollte, daß ein mehr als gewöhnlich genauer Landmann auf den Plan, eine Sichtkiste zu halten, hätte verfallen können;

daß überdies, selbst wenn der angegebene Zweck der Zusammenkunft fälschlich vorgewendet sein sollte, daraus doch noch nicht darauf geschlossen werden kann, daß die Verabredung der Zusammenkunft selbst nicht in der Wahrheit gegründet sei, zumal da der Umstand, daß Inculpat seinerseits schon am Tage vor dem Pinneberger Markte, den 20. October, den David Brandt in dessen Wohnung aufgesucht hatte, ohne den blos vorgefundenen Töchtern desselben sein Anliegen zu offenbaren, die Vermuthung nahe legt, daß der Inculpat eine wo möglich geheim zu haltende Gefälligkeit des Brandt, etwa ein Darlehn desselben, in Anspruch zu nehmen veranlaßt gewesen sei;

Digitized by Google

in Erwägung, daß, wenn es gleich hienach als unaufgeklärt dahingestellt bleiben muß, ob des Inculpaten am 22. October vorgebrachte Erzählung, daß er den David Brandt nach getroffener Verabredung in seiner Wohnung erwartet habe, in der Wahrheit gegründet sei oder nicht, dennoch auf jeden Fall der Inculpat durch jene Erzählung einen dringenden Verdacht auf sich gezogen hat, indem,

wenn die Verabredung in Wahrheit stattgefunden hatte, der ermordete Brandt auch der Abrede gemäß in des Inculpaten Wohnung hineingegangen sein wird,

wenn die Verabredung aber von dem Inculpaten blos vorgespiegelt gewesen ist, der Erklärungsgrund eines solchen Verhaltens des Inculpaten nur in dessen Schuldbewußtsein gefunden werden könnte, vermöge dessen ihm zur eventuellen Gestaltung seines Vertheidigungsplanes daran gelegen sein mußte, zu erfahren, ob Jemand in der Nachbarschaft den Brandt in der Nähe seiner Wohnung gesehen habe, und event. Zeugen dafür sich zu sichern, daß er den Ermordeten vergebens erwartet habe;

in fernerer Erwägung, daß der Inculpat auch sonst im Laufe der Untersuchung durch sein Benehmen sich verdächtig gemacht hat, indem er nicht nur wiederholt bemüht gewesen ist, die ihn gravirenden Momente durch Vorbringung offenbarer Unwahrheiten zu beseitigen, wie dies namentlich in seinen Aussagen über sein Graben im Garten und über das Gespräch im Kunstmann'schen Hause geschehen ist, sondern auch der Thatsache der geschehenen Auffindung der Brandt'schen Leiche in seinem Garten gegenüber in seiner Behauptung, daß die Brandt'schen Verwandten die Leiche, nachdem sie derselben die Schädelverletzung zugefügt, in seinem Garten vergraben haben würden, um einen Selbstmord des Verschwundenen zu verdecken und zugleich den Verdacht des Mordes auf ihn, den Inculpaten, zu wälzen, ein Vertheidigungssystem gewählt hat, dessen völlige Unhaltbarkeit auf der Hand liegt, überdies schon vor Eröffnung der Untersuchung es darauf angelegt hatte, durch Bestärkung der Ehefrau Kunstmann in der Verwechselung des zweiten Ausganges ihres Sohnes Hinrich am Morgen des 22. Octobers mit dessen erstem Ausgange und der dadurch bedingten Verlegung des Begegnens mit David Brandt in eine spätere Zeit, als um welche dasselbe wirklich stattgefunden hatte, einen auf Unwahrheit gegründeten Beweis über seine Abwesenheit vom Hause zur Zeit, als Brandt zuletzt in Rellingen gesehen worden, in Bereitschaft zu halten;

in Erwägung, daß der Inculpat nach den in Betreff seines früheren Lebens vorliegenden Ermittelungen als ein Mensch erscheint, welcher sich nicht scheut, wo es seinen Vortheil gilt, den Weg des Verbrechens zu betreten, derselbe sich auch, wie durch die Untersuchung constatirt worden, um die Zeit des Verschwindens des David Brandt in sehr bedrängten Verhältnissen befunden hat, was ihm wohl eine Veranlassung werden konnte, zur Begehung des Verbrechens zu schreiten;

in Erwägung, daß bei der Mächtigkeit schon der ersten in dem Vergraben der Leiche des Erschlagenen bestehenden Anzeige, aus welcher unabweislich die Schlußfolgerung hervorgeht, daß derjenige, welcher geflissentlich den Thatbestand des Verbrechens ins Versteck bringt, wenn er nicht eine geringere Betheiligung, sei es als Helfer oder als Hehler, nachzuweisen im Stande ist, selbst der Thäter gewesen sein müsse, durch die Verbindung dieser Anzeige mit den anderen im Vorstehenden zusammengestellten Anzeigen die richterliche Ueberzeugung ausreichend begründet wird, daß der Inculpat an dem fraglichen Morgen in seiner Wohnung den David Brandt behuf seiner Beraubung ermordet hat, hiegegen auch weder die Rücksicht auf die auffällige Frechheit der That bei der nahe liegenden Gefahr der Entdeckung, noch der Umstand, daß das Dienstmädchen des Inculpaten, Anna Köckenhoff, an jenem Morgen nichts Ungewöhnliches im Hause ihres Dienstherrn bemerkt haben will, in Betracht kommen kann, indem namentlich die Letztere, nachdem sie in der Frühe schon die Schweine und die Ziege gefüttert, ihre Beschäftigung nicht in demjenigen Theile des Hauses gehabt hat, welcher, von Wohnstube und Küche durch die Diele und zwei Scheerwände gesondert, das zur Verübung des Verbrechens geeignete Local in den Räumen der vormaligen Färberei sammt Werkstätte darbot;

daß auch der Versuch des Vertheidigers des Inculpaten, die Unschuld desselben durch die Behauptung zu deduciren, daß der Hofbesitzer Brandt nach seinem

Digitized by Google

Zusammentreffen mit Hinrich Kunstmann auf dem längst der Eisenbahn führenden Fußsteig von Rellingen nach Halstenbeck zurückgegangen, um etwas Vermißtes zu holen, und dann auf diesem Wege nach Rellingen zurückkehrend, auf welchem er von dem Arbeitsmann Pein gesehen worden, bevor er das Dorf erreicht, im Felde von unbekannter Hand erschlagen sein werde, in Berücksichtigung der Thatsache, daß keiner der Hausgenossen des Brandt die angebliche Rückkehr desselben an dem fraglichen Morgen bemerkt hat, und der Unglaublichkeit einer Vollführung des Mordes in der von dem Defensor supponirten Weise für verfehlt zu erachten ist;

in Erwägung, daß dem Inculpaten außerdem die Begehung mehrerer Diebstähle zur Last fällt, indem er

1) geständigermaaßen am 14. August 1862 bei dem Pächter Franck in Rellingen, bei dem er damals in Tagelohn arbeitete, zwei Paar Stiefel von der Diele desselben entwandt hat; indem er

2) auf dem Quickborner Frühlingsmarkte desselben Jahres zwei dem Eingesessenen Kölln in Krupunder gehörende Pferdedecken, welche bei seiner Arretirung in seinem Hause gefunden worden sind, von einem Wagen desselben zu sich genommen hat, seine Behauptung aber, daß er dies gethan habe, um sich an dem Abend, als er mit einem Bäckergesellen Bammann nach Rellingen zurückgekehrt sei, gegen den Regen zu schützen und mit der Absicht, die Decken demnächst dem Eigenthümer zurückzugeben, theils durch die Aussage dieses Gesellen, wonach es bei ihrem damaligen Weggehen aus Quickborn gar nicht geregnet hat, theils durch den Umstand widerlegt wird, daß der Inculpat nach dem Markte bei dem Eingesessenen Kölln gewesen ist, hier aber, ungeachtet dieser sich gegen ihn über den Verlust der Decken beklagte, den seinerseitigen Besitz derselben verschwiegen hat; indem er

3) einen Reitsattel, welchen er, als er auf dem Hofe Hall conditionirte, im Auftrage seiner Herrschaft, des Fräuleins Behrens, für 17 ℛ 8 ß Cour. gekauft hatte, dort geraume Zeit nach seinem Abzuge im Spätherbste 1861 heimlich weggeholt und sich angeeignet hat, während seine Ausrede, daß die Behrens ihm diesen Sattel geschenkt habe, durch die beeidigte den anderweitig constatirten Beziehungen Beider zu einander entsprechende Aussage der Behrens, zufolge deren sie ihm nur die Benutzung, so lange er sich in ihrem Dienste befunden, gestattet habe, widerlegt wird, indem er

4) überführt ist, bei seinem Abzuge vom Hall eine der Behrens gehörige Reitstange von schwarzem Leder mit Neusilberbeschlag, welche er in der Behrens Auftrage vom Sattler Mühler in Pinneberg für 17 ℛ Cour. eingekauft hatte, heimlich mitgenommen und demnächst verkauft zu haben, die Ausrede aber, daß er diese Reitstange niemals an die Behrens abgeliefert gehabt habe, selbst wenn dieselbe wahr wäre, was jedoch nach der Behrens eidlicher Aussage nicht angenommen werden kann, dennoch keine Berücksichtigung würde finden können, da der Behrens schon durch den in ihrem Namen und Auftrag geschehenen Einkauf und das Einbringen des Zaumes in ihre Behausung Eigenthum und Detention daran erworben war;

in Erwägung, daß dem Vorstehenden zufolge der Inculpat wegen Raubmordes und Diebstahls zu bestrafen ist und daß die Verordnung vom 27. März 1843, betreffend die Bedingungen und Wirkungen des Anzeigenbeweises, den Gerichten die Ermächtigung ertheilt, im Falle des mangelnden Geständnisses statt der gesetzlichen Todesstrafe auf lebenswierige Freiheitsstrafe zu erkennen;

ist zu erkennen:

daß der Inculpat Wilhelm Ferdinand Kuhlmann aus Kummerfeld wegen Raubmordes und wiederholten ersten kleinen Diebstahls zu lebenswieriger Zuchthausstrafe und zur Erstattung der ihn betreffenden Untersuchungskosten, soweit er dazu des Vermögens, zu verurtheilen sei.

Das nach dem Vorstehenden abzufassende Straferkenntniß ist dem Angeschuldigten zu publiciren und wegen Vollstreckung desselben das Erforderliche wahrzunehmen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 2. April 1864.

Digitized by Google

Bigamie.

Von Obercriminalgerichtswegen

wird dem Justitiariat des adeligen Guts Borstel mit Beziehung auf den sub praes. den 6. d. M. hieselbst eingegangenen Bericht, betreffend die Untersuchung wider Hans Jochim Köll aus Rehorst wegen Bigamie, bei Remittirung der Untersuchungsacten hiedurch aufgegeben, dem Inculpaten das nachstehende Straferkenntniß zu publiciren und für dessen Vollstreckung Sorge zu tragen.

In Erwägung, daß der Inculpat Hans Jochim Köll nach seinem mit den sonstigen Ermittlungen übereinstimmenden Geständnisse, nachdem er am 11. März 1837 mit seiner damaligen Braut Christine Margaretha Fick von dem Reinfelder Pastorat getraut worden war, ehe noch diese seine Ehefrau am 7. Juli 1861 mit Tode abging, am 9. Mai 1851 von dem später verstorbenen Pastor Fürstenau zu Süllfeld mit dem Mädchen Maria Christina Wätjens sich hat copuliren lassen, obgleich er nicht nur zu der Annahme, daß seine Frau, von der er seit längerer Zeit factisch getrennt lebte, bereits verstorben sei, keinerlei Veranlassung hatte, sondern vielmehr, als er aus seiner Heimathscommüne die zur Copulation erforderlichen Papiere holte, dort in Erfahrung brachte, daß seine Frau in der Nähe diene und also noch am Leben sei;

in Erwägung, daß demnach der Inculpat sich einer Bigamie schuldig gemacht hat, daß die Verjährung dieses Verbrechens erst mit dem Aufhören des verbrecherischen Zustandes, des Lebens in mehrfacher Ehe, beginnen kann*) und also im vorliegenden Fall erst mit dem am 7. Juli 1861 erfolgten Tode der rechtmäßigen Ehefrau des Inculpaten angefangen hat, mithin die fünfjährige Verjährungsfrist der Bigamie bei Einleitung der Untersuchung noch nicht ihr Ende erreicht hatte und folglich der Inculpat wegen dieses Verbrechens zu bestrafen ist;

in Erwägung, das Strafmaaß anlangend, daß die Handlungsweise des Inculpaten in Bezug auf seine rechtmäßige Ehefrau in einem milden Lichte erscheint, da nach seiner Aussage, welche an und für sich nicht unglaubwürdig erscheint und in Ermangelung anderweitiger Beweisthümer zu Grunde zu legen ist, seine Frau ihn verstoßen und jede Versöhnung zurückgewiesen hatte, daß der Inculpat seine zweite Ehefrau allerdings getäuscht und ihr seinen Ehestand verhehlt hat, weiter indeß zu erwägen ist, daß weder gegen sie noch gegen den trauenden Prediger und die Behörden besondere betrügerische Vorkehrungen getroffen worden sind, indem er vielmehr die zur Copulation erforderlichen Papiere und Bescheinigungen ohne alle Schwierigkeit erlangte, weil Niemand ihn fragte, ob er auch im ledigen Stande sich befinde;

in Erwägung, daß hiernach mit einer einjährigen Zuchthausstrafe das Verbrechen des Inculpaten ausreichend gesühnt wird und daß überdies die von ihm eingegangene zweite Ehe zu annulliren ist,

wird der Inculpat Hans Jochim Köll aus Rehorst wegen Bigamie in eine einjährige Zuchthausstrafe und in die Untersuchungskosten, soweit er des Vermögens, verurtheilt und wird die von ihm am 9. Mai 1851 mit der Maria Christina Wätjens eingegangene Ehe für null und nichtig erklärt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 30. März 1864.

*) cf. Schl. Holst. Anz., 1837, S. 198.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

24. Stück. — Den 13. Juni 1864.

Entscheidungen.

Wie der Legitimationspunkt im unbedingten Mandatsproceß zur Liquidität zu erheben sei. — Eine Ehefrau, welche in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann ein Schuldocument unterschreibt, ist als Bürgin zu betrachten.

In Sachen der Ehefrau Wiebke Koch in Henstedt c. c. m., Imploratin, jetzt Supplicantin,

wider

Nicolaus Detlefs daselbst, als Güterpfleger der Erbmasse des wail. Lic. med. Knölck allda, Imploranten, jetzt Supplicaten,

betreffend hauptsächlich eine Forderung von 53 ℛ 32 ß R.-M. s. w. d. a., jetzt Supplication wider ein Landvogteierkenntniß vom 5. November v. J.,

ergeben die Acten:

Auf Grund eines Schuldscheins, welcher folgendermaaßen lautet:

„Auf diesen unsern Schuldschein schuldigen wir Unterzeichnete Jürgen Koch und Ehefrau an den Herrn Dr. Knölck in Henstedt die Summe von 53 ℛ 2 ß R.-M. Die Valuta haben wir baar empfangen und zwar am 20. October 1861 und versprechen obige Summe mit 5 pCt. Zinsen pro rata berechnet Martini 1861 wieder zu bezahlen.

Henstedt, den 20. October 1861.

Wiebcke Koch.
Jürgen Koch."

ist von dem Curator der Nachlaßmasse des wail. Dr. Knölck in Henstedt bei der Norderdithmarscher Landvogtei gegen die Eheleute Koch ein am 3. November 1862 abgegebenes unbedingtes Mandat auf Zahlung der verschriebenen Summe nebst Zinsen extrahirt werden.

Gegen dies Mandat remonstrirte die Mitimploratin, indem sie

1) sich darauf berief, daß dem Mandatsgesuch die nöthige urkundliche Liquidität gefehlt habe, indem weder das Ableben des Licentiaten Knölck urkundlich dargethan, noch auch Implorant als Massecurator legitimirt, vielmehr in dem Mandatsgesuch von ihm selbst behauptet worden, daß die Knölck'sche Erbmasse von den Vormündern der Erben unbedingt angetreten sei, sodann

2) eventuell eine exc. Stei. Vellejani und der Auth. Si qua mulier unter Hinweisung darauf vorschützte, daß sie, da sie in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne das Schuldocument unterschrieben habe, überall nicht verhaftet sei, und endlich in omnem eventum

3) sich auf die von ihrem Ehemann beschaffte Zahlung der Schuld berief, über welche dem Imploranten der Eid deferirt ward.

Nachdem nun Implorant in seiner Replik den Ungrund der vorgeschützten Einreden darzulegen versucht und den über die Zahlungseinrede ihm zugeschobenen Eid acceptirt hatte und schließlich eine Duplik der Imploratin eingezogen worden war, gab die Landvogtei unterm 5. November v. J. zum Bescheide: *)

*) Entscheidungsgründe dieses Bescheides:

In Erwägung, daß Implorant in seiner Eigenschaft als Güterpfleger der in gerichtliche Behandlung genommenen Erbmasse des verstorbenen lic. med. Knölck, wailand in Henstedt, auf Grund eines von

Digitized by Google

daß, unter Verwerfung der übrigen Einreden der Imploratin, der Implorant schuldig sei, den ihm zur Liquidirung der Einrede der Zahlung zugeschobenen und von ihm acceptirten Eid abzuleisten.

Gegen dies Erkenntniß hat die Imploratin hieher supplicirt und sich darüber beschwert:

1) daß erkannt, wie geschehen, und sie nicht mit ihrer auf den Mangel der urkundlichen Liquidität begründeten Einrede des unbegründeten erschlichenen Mandats gehört, demnach das Mandat wiederum aufgehoben, Implorant und Supplicat aber in die Kosten verurtheilt ist, eventuell

2) daß sie gleichfalls mit der Berufung auf das Sct. Vellejanum und die auth. si qua mulier enthört, nicht vielmehr das Mandat wider sie aufgehoben, Implorant aber in die Kosten verurtheilt ist.

Die Gegenerklärung des Supplicaten ist in der dafür präfigirten Frist nicht eingegangen; und es steht nunmehr zur Frage, ob die erhobenen Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß, wenn auch die vaterländische Mandatsverordnung verlangt, daß die eingeklagte Schuld selbst auf klarer Hand und Siegel beruhe, es doch nach anerkanntem Grundsatz nicht ausgeschlossen ist, daß der Legitimationspunkt im unbedingten Mandatsproceß auch durch andere Beweismittel, namentlich durch Berufung auf Gerichtsnotorietät, wie dies im vorliegenden Falle geschehen ist, zur Liquidität gebracht werde;

in Erwägung, daß das Ableben des Licentiaten Knölck und die Qualität des Supplicaten als des Güterpflegers für seinen Nachlaß der Landvogtei officiell bekannt war, da sie selbst die Curatelbestellung vorgenommen hatte, und daß, wenn diese Qualität des Supplicaten feststeht, derselbe zur Einklagung der zu der Masse gehörenden Forderungen während der Dauer seiner Function auch dann legitimirt war, wenn die Erben des Licentiaten Knölck seine Erbschaft unbedingt angetreten hatten;

in Erwägung, daß demzufolge die erste Beschwerde der Supplicantin zu verwerfen ist, welche noch um so unbegründeter erscheint, wenn man berücksichtigt, daß die Supplicantin das Ableben des Licentiaten Knölck und die Bestellung des Supplicaten zum Massecurator gar nicht ausdrücklich geleugnet, Supplicat auch in seiner Replik eine desfällige Bescheinigung beigebracht hat;

in Erwägung, daß dagegen die zweite Beschwerde gegründet ist, da die Supplicantin in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne das Schuldducument, aus welchem geklagt ist, unterschrieben hat, schon wiederholt aber,

---

beiden Imploraten ausgestellten Schuldscheins mittelst Mandatsgesuchs die Zahlung der verschriebenen Capitalsumme von 58½ ℔ nebst 5 pCt. p. a. Zinsen vom Ausstellungstage bis zur Zahlung verlangt;

in Erwägung, daß nach Form und Inhalt der Schuldurkunde die Imploraten nicht als correi debendi sich darstellen, indem keiner der Aussteller erklärt hat, für den ganzen Schuldbetrag, mithin in solidum, haften zu wollen;

in Erwägung, daß sowohl der Tod des Licentiaten Knölck als die gerichtliche Behandlung der Erbmasse desselben, endlich die Bestellung des Imploranten als Güterpflegers gerichtsnotorisch vorliegen, weshalb die Einrede der unbegründeten Klage, welche auf die nicht geschehene Nachweisung dieser Thatsachen und deshalb dem Mandatsgesuch mangelnde Liquidität sich stützt, als unbegründet sich darstellt;

in Erwägung, daß auch die von der Imploratin vorgeschützte exceptio senatusconsulti Vellejani und der Anth. si qua mulier zu verwerfen ist, weil nach constanter hiesiger Praxis ein von einer Ehefrau in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann contrahirtes Schuldverhältniß nicht als Intercession aufgefaßt wird, insofern keine Correalverbindlichkeit vorliegt, mithin in diesem Falle eine Verzichtleistung auf die aus den angegebenen Gesetzen sich ergebende Rechtswohlthat für die Mitimploratin nicht geboten war;

in Erwägung, daß demnach auch der von der Imploratin gemachte Einwand, ihr Ehemann allein, nicht sie habe das streitige Darlehn empfangen, nicht zu berücksichtigen ist, weil darin lediglich eine mit dem Inhalt des von ihr unterschriebenen Schuldducuments im Widerspruch stehende Ableugnung der Entstehung der Schuld liegt, welche durch Eidesdelation nicht liquidirt werden kann;

in Erwägung, daß von beiden Imploraten die Einrede der Zahlung vorgebracht und durch Eidesdelation liquidirt worden ist.

Digitized by Google

cf. Schl. Holst. Anz., 1837, S. 266,
Holst. Anz., 1861, S. 299,

hieselbst ausgesprochen ist, daß eine Ehefrau, welche gemeinschaftlich mit ihrem Ehemann eine Schuldverschreibung ausstelle, als Bürgin anzusehen und daher nicht aus der Verschreibung verhaftet sei, soferne nicht etwa das Geld in ihrem speciellen Nutzen verwandt worden, welche letztere Voraussetzung in concr. jedenfalls nicht als liquide vorliegt;

wird der Supplicantin auf ihre sub praes. den 27. November v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch unter Beseitigung des angefochtenen Erkenntnisses von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß das Mandat vom 3. November 1862 wieder aufzuheben, Supplicat in qual. qua auch schuldig sei, der Supplicantin die in der Unterinstanz ihr angeurfachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 10. Mai 1864.

Die Zuschiebung einer Legalversicherung ist im Injurienverfahren auch bei Zustimmung des Delaten nicht gestattet. — In der Landschaft Norderdithmarschen sind die Kosten des Vorforderungstermins von dem ungehorsam ausgebliebenen Citaten zu erstatten.

In Supplicationssachen des Kirchspielsvorstehers Hans Christian Hennings in Heide, Beklagten und Supplicanten,

wider

Behrend Diedrich Bartels daselbst, Kläger und Supplicaten,

in peto. Injurien,

ergeben die Acten:

In einer bei der Norderdithmarscher Landvogtei eingereichten Injurienklage ließ der Kläger vortragen, daß, als er eines Tages mit dem Beklagten in einem öffentlichen Wirthshause zusammengetroffen sei, der Letztere allerlei ehrenkränkende Reden geführt habe, deren Beziehung auf ihn (den Kläger) sowohl nach ihrem Inhalt als nach den Blicken und Bewegungen des Beklagten so deutlich gewesen sei, als wenn sein Name ausdrücklich genannt worden wäre. Zur Bewahrheitung dieser Behauptung denominirte Kläger verschiedene Zeugen, unter Vorbehalt der Eide und namentlich des Schiedeseides.

Zu dem für diese Sache anberaumten Verhandlungstermin überreichte der Beklagte eine schriftliche Vernehmlassung, in welcher er gegen die Zulässigkeit eines Schiedeseides protestirte und sodann ausführte, daß er sich bei dem erwähnten Zusammentreffen nur über allgemeine sociale Mängel ausgelassen habe und daß seine desfälligen Aeußerungen keinerlei Beziehung auf irgend eine specielle Person, am wenigsten auf den Kläger, gehabt, sondern sich vielmehr strenge auf dem Gebiete allgemeiner Betrachtungen gehalten hätten. Es sei nicht wahr, daß er durch Blicke, Winke oder durch sein sonstiges Verhalten irgendwie den Kläger als denjenigen, auf den seine Reden gemünzt seien, kenntlich gemacht habe. Wenn der Kläger nichtsdestoweniger wiederholt mit dem Finger auf sich selbst gezeigt und dadurch die anwesende Gesellschaft auf sich als denjenigen, der gemeint sei, aufmerksam gemacht habe, so könne Beklagter nicht dafür verantwortlich gemacht werden.

In termino wurden nach vergeblichem Vergleichungsversuche die vom Kläger producirten sechs Zeugen eidesstattlich vernommen. Von der Landvogtei wurde sodann erkannt, daß der Zeugenbeweis vergeblich gewesen sei und daß Beklagter sich nunmehr über den vom Kläger event. deferirten als Legalversicherung bei Verlust der Ehre und des guten Leumunds dahin zu leistenden Schiedeseid:

wie es nicht wahr sei, daß Beklagter bei der in der Klage angegebenen Gelegenheit den Kläger, sei es ausdrücklich, sei es durch Blicke und Bewegungen, wie durch sein ganzes Verhalten, als denjenigen bemerklich gemacht habe, von dem er damals gesprochen oder gegen den er die von ihm eingeräumten Beschuldigungen und Vorwürfe richte,

Digitized by Google

zu erklären habe, ob er diese Versicherung leisten, zurückschieben oder ob er sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle.

Beklagter erklärte, daß er bereit sei, diese Versicherung abzuleisten. Durch Landvogteibescheid wurde darauf zur Ableistung derselben Termin anberaumt, unter dem Hinzufügen, daß eintretenden Falls der Kläger mit seiner erhobenen Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen, auch schuldig sei, die dem Beklagten außer den Advocaturgebühren etwa erwachsenen Kosten zu erstatten, wogegen in Entstehung jener Versicherung der Beklagte schuldig sei, dem Kläger eine näher zu clausulirende Abbitte zu leisten und die erwachsenen Kosten außer den Advocaturkosten demselben zu bezahlen.

Gegen diesen Bescheid hat der Beklagte die Supplication erhoben und seine Beschwerden darin gesetzt:

daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr

1) Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit seiner Klage abgewiesen worden,

2) daß nicht dem Beklagten die demnächstige Referirung des Schiedeseides freigelassen sei.

In seiner über die Supplicationsschrift eingezogenen Gegenerklärung hat der Kläger von der Adhäsion Gebrauch gemacht und als Beschwerden aufgestellt:

1) daß ungeachtet des vorliegenden Beweises auf den eventuell deferirten Schiedeseid und nicht vielmehr auf das purgatorium erkannt sei,

2) event. daß für den Fall der Leistung des Schiedeseides der Beklagte nicht schuldig erkannt sei, dem Kläger die Kosten der Vorforderung s. w. d. a. zu erstatten, da der Beklagte zufolge producirten Extracts in dem Vorforderungstermin vor der Heider Kirchspielvogtei nicht erschienen sei und nach Vorschrift der Justizverordnung vom 6. November 1782 Abschnitt 5 der im Vorforderungstermin ungehorsam ausbleibende Theil die Kosten des Vergleichstermins zu erstatten habe.

Es steht demnach zur Frage, ob diese Beschwerden für begründet zu erachten sind.

In Erwägung nun, daß durch den Zeugenbeweis für die behauptete Injurie nichts erbracht und die erste Adhäsionsbeschwerde mithin unbegründet ist;

in Erwägung, daß zwar für die richterlichen Eide, wo dieselben im Injurienverfahren nicht stattbaft sind, durch Gerichtsgebrauch in der eidesstattlichen Versicherung bei Verlust von Ehre und gutem Leumund ein Surrogat eingeführt, diese Praxis aber auf den Schiedeseid niemals angewandt, im Gegentheil durch ein obergerichtliches Präjudicat,

Anzeigen 1856, pag. 278,

entschieden worden ist, daß, wo der Schiedeseid gesetzlich reprobirt sei, demselben auch eine eidesstattliche Versicherung nicht substituirt werden dürfe, wie denn auch hierfür ein practisches Bedürfniß nicht vorliegt;

in Erwägung, daß, da demnach bei Handhabung der Injurienverordnung das gesetzliche Verbot des Schiedeseides auch auf die Legalversicherung bezogen wird, beide Beweismittel auch insofern gleich zu behandeln sind, als eine abweichende Parteienconvention als unwirksam erachtet wird und wie in einem,

Anzeigen 1854, pag. 367,

mitgetheilten Fall der Schiedeseid als unzulässig verworfen worden ist, obgleich derselbe vom Beklagten bereits acceptirt worden war, ein Gleiches auch von der Legalversicherung wird gelten müssen;

in Erwägung, daß folglich nach Maaßgabe der ersten Supplicationsbeschwerde zu reformiren ist und daß die zweite Adhäsionsbeschwerde nach der allegirten gesetzlichen Bestimmung gleichfalls als begründet erscheint,

wird, bei abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung an den Supplicanten, von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt:

daß der angefochtene Landvogteibescheid dahin abzuändern, daß Kläger mit seiner Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen, auch schuldig sei, dem Beklagten die angeursachten Kosten zu erstatten, jedoch Beklagter schuldig sei, die Kosten des Vorforderungstermins zu erstatten, unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 13. Mai 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

25. Stück. — Den 20. Juni 1864.

Entscheidungen.

Der Verkäufer hat im Handelsverkehr diejenige Waare zu liefern, welche regelmäßig unter der von ihm angegebenen Bezeichnung vorkommt. — Ob ein Irrthum über die Breite zu liefernden Segeltuchs als wesentlich zu betrachten ist.

In Sachen des Kaufmanns W. C. Löhmann, in Firma Conrad Löhmann, zu Glückstadt, Beklagten, jetzt Appellanten,

gegen

den Segeltuchhändler C. W. Hansen in Altona, Kläger, jetzt Appellaten,

wegen angeblich schuldiger 228 ℔ Hamb. Cour. oder 121 ₰ 57 ß R.-M., jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Glückstädter Magistrats vom 22. April 1863,

ergeben die Acten:

Kläger hat in seiner bei dem Glückstädter Magistrat eingebrachten Klage vorgetragen: Kläger habe sich im Herbst 1861 mit seinen Segeltüchern dem Beklagten empfohlen und im Juni 1862 Proben Russischen Segeltuchs mit Aufgabe der Verkaufspreise pro Stück von 62 Ellen an den Beklagten eingesandt. Dieser habe dann am 4. August s. J. 6 Stück Segeltuch Nr. 1 zweiter Qualität à Cour.℔ 31. 8 ß und 1 Stück Nr. 2 erster Qualität à Cour.℔ 30 bei dem Kläger bestellt.

Demgemäß habe er die bestellten Waaren am 12. August 1862 verladen und am folgenden Tage solches dem Beklagten bei Einsendung des Connossements brieflich angezeigt. Beklagter habe die probemäßig gelieferte Waare empfangen, aber unterm 19. August 1862 ihm brieflich angezeigt, daß er von den Segeltüchern keinen Gebrauch machen könne, weil sie nicht die gewöhnliche Breite hätten, und daß er sie daher zu des Klägers Disposition stelle.

Kläger habe sich bemüht, eine Ausgleichung herbeizuführen. Diese Versuche seien aber gescheitert, weshalb er bitten müsse, daß Beklagter schuldig erkannt werde, ihm innerhalb 4 Wochen die libellirten 121 ₰ 57 ß R.-M. nebst Verzugszinsen zu 5 % pro anno vom 19. August, event. vom Tage der Insinuation der Klage, an bis zur Zahlung zu zahlen, auch die Proceßkosten, s. d. et m., gleichzeitig ihm zu erstatten.

In seiner Exceptionsschrift hat Beklagter entgegnet: er habe, als correspondirender Rheder der Glückstädter Grönlandsfahrer, im Sommer 1862 mit dem Kläger auf dessen persönliche Empfehlung eine Verbindung angeknüpft, um von ihm für die Grönlandsfahrer den Bedarf an Segeltuch zu beziehen. Bei Uebersendung der Proben Russischen Segeltuchs habe Kläger wohl die Länge der Stücke, nicht aber die Breite des Tuchs angegeben. Bis in die neueste Zeit sei die Breite des Segeltuchs, namentlich des Russischen, 30 Zoll, nur das Englische Segeltuch sei 24 Zoll, gewesen, so daß, wenn von Russischem Segeltuch die Rede, selbstverständlich darunter nur Tuche von 30 Zoll Breite verstanden seien. Erst vor einigen Jahren seien auch in Rußland Segeltücher von 24 Zoll Breite verfertigt, wovon Beklagter indeß erst durch die Differenzen mit dem Kläger Kunde erhalten habe. Da ihm vom Kläger die Proben ohne Angabe der Breite eingesandt seien, so habe es ihm nicht einfallen können, daß es

Digitized by Google

Russisches Segeltuch gebe, welches von der früher allein gangbaren Breite abweiche. Deshalb habe er auch einfach Auftrag auf Russisches Segeltuch ertheilt. Das erhaltene Segeltuch von 24 Zoll Breite habe er nicht gebrauchen können, da es zum Ausbessern der alten von breitem Tuch gemachten Segel benutzt werden sollte.

Nachdem er sich von der Breite des übersandten Segeltuchs überzeugt, habe er es dem Kläger zur Disposition gestellt und demselben unterm 19. August 1862 geschrieben, daß er das Segeltuch mit Rücksicht auf die abweichende Breite nicht gebrauchen könne.

Es sei offenbar, daß die Waare, welche der Kläger gesandt habe, nicht die unter den Contrahenten consentirte Waare sei, indem der Beklagte 30 Zoll breites Tuch habe kaufen wollen, wenn auch der Kläger 24 Zoll breites im Auge gehabt haben möge. Der Irrthum eines Contrahenten über ein essentiale des Kaufcontracts schließe die Perfection desselben aus. Die auf Erfüllung des Kaufcontracts gerichtete Klage sei daher unhaltbar.

Es sei wahr, daß Kläger mittelst Schreibens vom 24. Juni 1862 ihm Proben von Segeltuch mit Angabe der Länge, aber ohne Angabe der Breite übersandt und daß er (Beklagter) unterm 4. August zwar ohne auch seiner Seits die Breite des Tuches anzugeben, jedoch in der selbstverständlichen Voraussetzung, daß das Russische Tuch die früher allein vorkommende und mit den Segeln auf den Compagnieschiffen correspondirende Breite von 30 Zoll habe, die Bestellung gemacht habe, welche das der Klage angelegte Schreiben vom 4. August ergebe. Es sei auch wahr, daß Kläger unterm 12. August das klagend näher bezeichnete Segeltuch an ihn versandt habe. Dieses nur 24 Zoll breite Tuch habe er aber nicht haben wollen und auch nicht gebrauchen können, sondern unter der von ihm gemachten Bestellung 30 Zoll breites Segeltuch verstanden. Er räume ein, daß er Russisches Segeltuch probemäßig und von der versprochenen Länge erhalten, leugne aber, daß unter Russischem Segeltuch, ohne daß über die Breite etwas verabredet, schmale Tuche von 24 Zoll Breite zu verstehen seien, namentlich daß er solche Breite darunter verstanden habe, daß er Segeltuche von 24 Zoll Breite bei dem Kläger beordert und daß er die Tuche bestellt habe, welche von dem Kläger an ihn gesandt seien.

Solchemnach fehle es der auf Erfüllung gerichteten Klage aus dem Kaufcontracte an dem Erforderniß des gegenseitigen Consenses in Betreff des Objectes. Wer an dem Mißverständnisse die Schuld trage, sei der angestellten Klage gegenüber zwar irrelevant, um in der Vertheidigung aber nichts zu versäumen, wolle Beklagter hier noch die Behauptung wiederholen, daß unter Russischem Segeltuch regelmäßig Tuche von 30 Zoll Breite verstanden würden, daß jedenfalls er nur solche Tuche darunter verstanden habe und daß der Irrthum über die Breite des Tuchs von dem Kläger verschuldet sei. Er bitte daher um Abweisung des Klägers mit der angestellten Klage und Verurtheilung desselben zur Erstattung der Proceßkosten.

Replicando hat Kläger behauptet: er habe sich schon im Herbste 1861 dem Beklagten mit Russischem Segeltuch empfohlen, ihm persönlich seine Proben in 8 verschiedenen Nummern und in der vollen Breite von 24 Zoll vorgelegt und ihm eine Preiskarte übergeben, auf welcher auch die Breite von 24 Zoll angegeben sei. Der Beklagte sei hiervon also unterrichtet gewesen. Der Irrthum des Beklagten sei kein wesentlicher, da er sich nur auf eine Eigenschaft des Segeltuchs beziehe. Uebrigens würden schon seit 10 und 15 Jahren Russisches Segeltuch in der Breite von 24 Zoll angefertigt und es müsse geleugnet werden, daß Beklagter bei Abschluß des Contractes nichts davon gewußt habe. Gleichfalls werde geleugnet, daß Beklagter das Segeltuch nicht habe gebrauchen können, daß es zum Ausbessern alter Segel habe dienen sollen, daß diese 30 Zoll breit gewesen seien, daß unter Russischem Segeltuch regelmäßig 30 Zoll breites verstanden werde und vom Beklagten verstanden, so wie daß der angebliche Irrthum vom Kläger verschuldet sei.

Duplicando ist in Abrede gestellt, daß Kläger dem Beklagten seine Proben in der Breite von 24 Zoll vorgelegt und den Preiscourant übergeben habe, in welchem die Breite der Stücke auf 24 Zoll angegeben sei.

Unterm 22. April v. J. hat der Magistrat den Beklagten schuldig erkannt:*)

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß die Parteien darüber einverstanden sind, daß Beklagter auf Grund der ihm vom Kläger am 24. Juni v. J. zugesandten Proben, wobei deren Länge zu 62 Ellen, deren Breite

Digitized by Google

dem Kläger innerhalb 4 Wochen die libellirten 121 ℛ 57 ß nebst Verzugszinsen zu 5 % vom Tage der Insinuation der Klage bis zur Zahlung zu berichtigen und demselben die Kosten dieses Processes, d. e. m. s., binnen gleicher Frist zu erstatten.

Beklagter hat dagegen rechtzeitig hierher appellirt und sich darüber beschwert:

1) daß nicht Kläger mit der angestellten Klage ab- und zur Ruhe verwiesen, unter Verurtheilung in die Proceßkosten;
2) daß dem Beklagten nicht der Beweis nachgelassen ist, daß unter dem Ausdruck „Russisches Segeltuch" in der Geschäftssprache entweder regelmäßig Segeltuch von 30 Zoll oder doch promiscue Segeltuch sowohl von 30 als auch von 24 Zoll verstanden werde, wogegen dem Kläger der Beweis nachzulassen, daß er im Herbste 1861 bei seiner Empfehlung bei dem Beklagten mit Russischem Segeltuch dem Letzteren persönlich seine Proben in 8 verschiedenen Nummern und in der vollen Breite von 24 Zoll vorgelegt und ihm seine Preiskarte, auf welcher die Breite der Segeltuche mit 24 Zoll angegeben sei, übergeben habe;
3) event. daß nicht anderweitig nach Lage der Acten auf Beweis des excipiendo behaupteten Irrthums über das Kaufobject erkannt worden;
4) in omnem eventum, daß nicht die Proceßkosten compensirt sind.

Es steht zur Frage, ob diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß die erste Beschwerde nicht begründet ist, indem Parteien darüber einig sind, daß ein Handel über Russisches Segeltuch zu einem bestimmten Preise abgeschlossen, auch Russisches Segeltuch geliefert und solchemnach die Klage auf die Preis-

---

aber nicht angegeben worden, 7 Stück Russisches Segeltuch zum Gesammtpreise von 228 ℛ vorm. Cour., jetzt 121 ℛ 57 ß Reichsmünze, bei dem Kläger bestellt und von diesem geliefert erhalten hat, so wie auch darüber, daß jedes dieser Stücke bei einer Länge von 62 Ellen eine Breite von 24 Zoll gehalten habe;

in Erwägung, daß Beklagter unter der Behauptung, daß er bei dieser Bestellung von der Voraussetzung ausgegangen sei und, weil er nur Segeltuch von dieser Breite zum Ausflicken alter Segel, wozu es bestimmt gewesen, gebrauchen könne, von derselben habe ausgehen müssen, daß dieses Segeltuch eine Breite von 30 Zoll halten werde, für seine Berechtigung zu dieser Voraussetzung angeführt hat, daß unter Russischem Segeltuch bis in die neueste Zeit regelmäßig Tuche von 30 Zoll Breite verstanden worden, und sodann bemerkt hat, daß, wenn er Tücher von dieser Breite, Kläger aber Tücher von 24 Zoll Breite bei Abschließung dieses Kaufcontracts im Auge gehabt habe, hier ein die Perfection desselben ausschließender wesentlicher Irrthum vorliege, welcher die Abweisung des Klägers mit der aus diesem Kaufcontracte gegen ihn angestellten Klage auf Zahlung des Kaufpreises zur Folge haben müsse;

in Erwägung nun, daß nach den über die Folgen des Irrthums bei Verträgen geltenden rechtlichen Grundsätzen im Allgemeinen zwar es sich nicht bezweifeln läßt, daß, abgesehen davon, ob er verschuldet ist oder nicht, ein bei dem Kaufe vorgekommener wesentlicher Irrthum diesen aufhebt, daß in dem vorliegenden Fall aber die Contrahenten sich über das Object des Kaufes, so wie über den Preis der Waare vollkommen einig geworden sind, indem Beklagter 7 Stück Russisches Segeltuch bei dem Kläger bestellt und in der von ihm angegebenen Länge auch geliefert erhalten hat, daß aber ein lediglich die Breite des Tuchs betreffender Irrthum als ein error in qualitate oder quantitate dieser Waare aufzufassen ist, der als ein in Nebendingen stattgefundener unwesentlicher Irrthum vorkommenden Falls wohl hier überall nicht geltend gemachte Entschädigungsansprüche zur Folge haben, den Irrenden aber nicht berechtigen kann, den in seinen wesentlichen Theilen perfect gewordenen Handel rückgängig zu machen und die Zahlung des ganzen Kaufpreises zu verweigern,

arg. L. 10, L. 34 pr. L. 57 § 1 D. de contrah. emt. (18, 1);

so wie

in endlicher Erwägung, daß es unter diesen Umständen freilich darauf nicht weiter ankommen kann, ob dieser Irrthum von dem Kläger oder von dem Beklagten verschuldet worden, daß es jedoch nicht unbemerkt bleiben kann, daß in den vorliegenden Thatsachen keine Veranlassung hat gefunden werden können, von der angenommenen Regel, daß die unterliegende Partei die Proceßkosten zu tragen habe, eine Ausnahme zu machen.

Digitized by Google

zahlung genügend fundirt ist, so daß es lediglich darauf ankommt, ob die vom Beklagten erhobenen Einreden, deren factischer Grund vom Kläger geleugnet, in Betracht gezogen werden müssen;

in Erwägung, die zweite Beschwerde betreffend, daß die in Verträgen von Contrahenten gebrauchten Ausdrücke in dem Sinne auszulegen sind, welchen sie mit Berücksichtigung sowohl des besonderen als des gemeinen Sprachgebrauchs haben, wenn nicht ein anderes ausdrücklich vereinbart ist oder sich aus den das Geschäft begleitenden Umständen ergiebt, und daß solchemnach, wenn die Parteien lediglich über Lieferung von Russischem Segeltuch contrahirt haben, hierunter die Waare zu verstehen ist, welche im Handelsverkehr regelmäßig unter dieser Bezeichnung vorkommt;

in Erwägung, daß der Beklagte in seiner Exceptionsschrift sowohl indirecte als auch ausdrücklich die Behauptung aufgestellt hat, daß unter Russischem Segeltuch regelmäßig Tuche von 30 Zoll Breite verstanden werden und daß, wenn dieses der Fall, nicht bezweifelt werden kann, daß der von den Contrahenten abgeschlossene Vertrag unter Zugrundelegung der im Geschäftsverkehr gebräuchlichen Ausdrucksweise zu interpretiren ist und daher Beklagter berechtigt war, eine andere Waare, welche der gebrauchten Bezeichnung nicht gänzlich entspricht, zurückzuweisen;

in Erwägung, daß die desfällige Behauptung des Beklagten vom Kläger replicando geleugnet ist und daß sie ihm daher zum Beweise verstellt werden muß;

in Erwägung, daß dagegen der Kläger replicando die Behauptung aufgestellt hat, daß er im Herbste 1861 dem Kläger persönlich seine Proben Russischen Segeltuchs in 8 verschiedenen Nummern und in der vollen Breite von 24 Zoll vorgelegt, auch ihm eine Preiskarte übergeben habe, auf welcher auch die Breite von 24 Zoll angegeben war, und daß jede dieser beiden Thatsachen, wenn sie in Wahrheit begründet sein sollte, geeignet ist, die Einrede des Beklagten zu zerstören, indem alsdann der Beklagte von dem Kläger selbst genügende Kenntniß davon erlangt hat, unter welchen Modalitäten er Russisches Segeltuch zum Verkaufe angeboten hatte und solchemnach die Bestellung nur auf die Waare in der erwähnten Beschaffenheit sich beziehen konnte;

in Erwägung, daß beide Thatsachen, da sie vom Beklagten geleugnet werden, dem Kläger zum Beweise zu verstellen sind, indeß nur event., indem sie nur dann in Berücksichtigung kommen, wenn Beklagter den ihm aufzuerlegenden Beweis führen sollte;

in Erwägung, daß dagegen der Umstand auf das Zustandekommen des Geschäfts nicht von Einfluß sein würde, wenn im Geschäftsverkehr unter Russischem Segeltuch Tuche von 30 und 24 Zoll promiscue verstanden werden sollten, indem ein etwa hierauf bezüglicher Irrthum auf Seiten des Beklagten, wie in dem Erkenntniß des Magistrats bereits hervorgehoben, als ein wesentlicher nicht anzusehen ist, und

in Erwägung, daß dem Vorstehenden gemäß das Erkenntniß vom 22. April v. J. abzuändern ist,

wird auf eingelegte Unterinstanzacten und nach verhandelten Recessen hiedurch von Obergerichtswegen, unter Aufhebung des von dem Glückstädter Magistrat unterm 22. April 1863 abgegebenen Erkenntnisses, für Recht erkannt:

Würden unter Vorbehalt der Gegenbeweise und Eide rechtlicher Art und Ordnung nach erweisen:

I. Beklagter innerhalb Ordnungsfrist:
daß unter dem Ausdruck Russisches Segeltuch in der Geschäftssprache regelmäßig Segeltuch von 30 Zoll Breite verstanden werde:

II. Kläger eventuell:
daß er im Herbste 1861 bei seiner Empfehlung bei dem Beklagten mit Russischem Segeltuch dem Letzteren persönlich seine Proben Segeltuch in 8 verschiedenen Nummern und in der vollen Breite von 24 Zoll vorgelegt habe, oder

daß er ihm damals seine Preiskarte, auf welcher die Breite der Segeltücher mit 24 Zoll angegeben war, übergeben habe,

so würde nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen sowohl in der Hauptsache als auch der Kosten wegen weiter ergehen, was den Rechten gemäß; unter Compensation der Kosten dieser Appellation.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 22. Februar 1864.

Digitized by Google

Bei Schwängerungsklagen kann die der Klägerin behufs der Benutzung des Schiedeseides obliegende Bescheinigung der geschehenen Benennung des Beklagten in der Geburtsnoth auch durch Eidesdelation geführt werden.

In Sachen des Gärtners Claussen und des Bäckermeisters Lammers in Rendsburg, tut. noie. der Amanda Sophia Caroline Bertram in Büdelsdorf, Kläger und Producenten, jetzt Supplicanten,

wider

den Drechsler Rudolph Andresen in Rendsburg, Beklagten und Producten, jetzt Supplicaten,

wegen Schwängerung, daher Alimentation eines Kindes s. w. d. a., desfalls Beweis, jetzt Supplication wider das Decret des Rendsburger Magistrats vom 8. Juni v. J., event. rest. in integr.,

ergeben die Acten:

Die Kläger haben den Beklagten auf Alimentation eines von ihrem Mündel am 6. December 1862 geborenen Kindes und Zahlung von 16 ℛ Wochenbettskosten belangt. In der Klage ist unter Anderm bemerkt, daß ihr Mündel in der Geburtsnoth den Beklagten als Vater angegeben habe und ein Hebammenatteſt vom 6. December 1862 angelegt, in welchem die Worte „in der Geburtsnoth" fehlen.

Der Beklagte hat die zur Klagbegründung angeführten Thatsachen abgeleugnet, über seine Benennung als Vater in der Geburtsnoth sich nicht geäußert und die Einreden der fehlenden Activlegitimation und der verkehrt gewählten Proceßart erhoben, weil die uneheliche Mutter nur kraft ihrer Vormundschaft die Rechte ihres Kindes auf Alimentation klagend zu verfolgen befugt, sie aber noch unmündig sei und ihre Vormünder nicht zugleich als Vertreter ihres Kindes betrachtet werden könnten und weil beim Wegfall der Alimentationsansprüche nur eine geringfügige Sache vorliege.

Der Magistrat hat im Erkenntniß vom 22. Januar 1863 den Beklagten mit seinen Einreden abgewiesen und den Klägern den Beweis des zur entsprechenden Zeit vollzogenen Beischlafs auferlegt.

Dieses Erkenntniß ist rechtskräftig geworden und die Kläger haben zur Führung des Beweises dem Beklagten den Schiedeseid deferirt.

In seiner Erklärung darüber hat der Beklagte zunächst die Eidesdelation als unzulässig dargestellt und um Deferterklärung des Beweises gebeten, weil nach § 1 des Patents vom 8. August 1826 die Eidesdelation der Geschwängerten an die Voraussetzung geknüpft sei, daß sie den Beklagten in der Geburtsnoth als Vater des Kindes benannt habe, ein desfälliger Beweis aber von den Klägern nicht erbracht sei. Event. hat er den Schiedeseid deferirt.

In ihrer Erklärung haben die Kläger sich darauf berufen, daß der Beklagte ihre desfällige in der Klage enthaltene Behauptung in der Einredeschrift gar nicht in Abrede gezogen habe und daß der Hebammenatteſt, als am Tage der Niederkunft ausgestellt, zur Noth ausreiche. Den deferirten Eid haben sie als Glaubenseid acceptirt.

Unterm 8. Juni d. J. hat der Magistrat erkannt: daß Kläger in qual. qua mit der von ihnen zur Hand genommenen Eidesdelation, als in concreto unzulässigem Beweismittel, abzuweisen, der ihnen auferlegte Beweis für desert zu erklären und Kläger in qual. qua schuldig seien, die Kosten der Eingabe des Beklagten und des — Decrets — —, so weit und so bald ihre Pupillin des Vermögens, zu erstatten.

Hiergegen haben Kläger rechtzeitig die Supplication, event. die rest. in integr., interponirt und sich darüber beschwert:

1) daß nicht Beklagter mit seinen Einreden gegen die Eidesdelation abgewiesen und Termin zur Ableistung des referirten Eides angesetzt,
2) event. daß ihnen nicht aufgegeben, bessere Bescheinigung oder Beweis darüber, daß ihre Pupillin den Beklagten in der Geburtsnoth als Vater ihres Kindes genannt habe, beizubringen.

In der eingezogenen Gegenerklärung hat Beklagter der Anfechtung des Erkenntnisses adhärirt und sich darüber beschwert, daß er nicht mit seinen Einreden der fehlenden Activlegitimation zur Sache und des fehlenden Klagrechts, so wie der verkehrt gewählten Proceßart gehört sei.

Es steht demnach zur Frage, ob die Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß die Namhaftmachung des Vaters in der Geburtsnoth nicht zur Begründung der

Digitized by Google

Klage, sondern nur zur Begründung des Rechts erforderlich ist, in der Beweisinstanz sich der Eidesdelation zu bedienen, daß der Beklagte daher auch nicht nöthig hatte, sich auf die desfällige Klagbehauptung einzulassen und Kläger solchemnach auch nicht berechtigt sind, aus dem Stillschweigen des Beklagten über diese Thatsache bei der Einlassung auf die Klage eine Einräumung ihrer Behauptung herzuleiten;

in Erwägung, daß im Hebammenatteſt in der hier fraglichen Beziehung nur in einem Nachtrage die Worte enthalten sind: „als Vater zu dem Kinde ist angegeben R. Andresen, Drechsler in Rendsburg", daß demnach die wesentliche Thatsache, daß die Angabe in der Geburtsnoth geschehen sei, fehlt und jene Thatsache auch aus dem überdies zweifelhaften Umstande, daß der ganze Attest am Tage der Entbindung ausgestellt worden, sich nicht folgern läßt, da die Angabe der Geschwängerten über den Vater des Kindes schon vor Eintritt der Geburtsnoth oder auch nachher der Hebamme gemacht sein kann;

in Erwägung, daß dem Vorstehenden zufolge die erste Beschwerde unbegründet ist;

in Erwägung, daß die vom Beklagten erhobenen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Eidesdelation sich dagegen als Beweiseinreden darstellen und zu deren Beseitigung durch Bescheinigung den Klägern eine angemessene Frist zu gestatten ist,

cf. Schlesw. Holst. Anz., 1844, pag. 330 und 331;

in Erwägung, die Adhäsion des Beklagten anlangend, daß die Einrede des Beklagten bereits im Interlocut vom 22. Januar v. J. rechtskräftig aberkannt sind und daher nicht bei Anfechtung des Bescheides vom 8. Juni v. J. zur Erledigung gebracht werden können; und

in Erwägung, daß die Kosten der Supplication zwar zu compensiren, die Kosten der Erklärung auf das eventuelle Restitutionsgesuch aber dem Beklagten zu erstatten sind,

wird auf die am 24. Juni v. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift nebst event. Restitutionsgesuch nach eingezogener Gegenerklärung und erstattetem Bericht des Rendsburger Magistrats hierdurch vom Obergericht, unter Aufhebung des von dem Magistrat unterm 8. Juni v. J. abgesprochenen Erkenntnisses, zum Bescheide gegeben:

Könnten und würden Kläger in qual. qua, unter Vorbehalt der Gegenbescheinigung und Eide, innerhalb 4 Wochen ab ins. näher nachweisen und bescheinigen:

daß ihre Pupillin in der Geburtsnoth den Beklagten als Vater ihres Kindes namhaft gemacht habe,

so würde auf diese geführte oder nicht geführte Bescheinigung weiter ergehen, was den Rechten gemäß ist.

Unter Compensation der durch die Supplication erwachsenen Kosten und Verurtheilung der Kläger in qual. qua zur Erstattung der durch die Erklärung über die event. erbetene Restitution veranlaßten auf 5 ℛ 32 ß bestimmten Kosten, sobald sie des Vermögens.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 27. Februar 1864.

Die von Seiten des Armenwesens hülfsbedürftigen Kindern vor ihrem zurückgelegten 18ten Lebensjahre gewährten Unterstützungen sind von denselben der Armenkasse nicht zu erstatten.

In Sachen des Armencollegiums des mittelsten Kirchspiels auf der Insel Fehmarn, Imploranten,

wider

die Kinder des in Kiel verstorbenen Peter Schmidt, Namens Wilhelm Schmidt, Cäcilia Schmidt und Magdalena Schmidt, Letztere unter Vormundschaft des Kaufmanns Bracker und des Grobbäckers Claussen in Itzehoe, Imploraten,

wegen Zurückerstattung erhaltener Armenunterstützung,

ergeben die Acten:

Am 25. März v. J. verstarb in Itzehoe die Wittwe Margaretha Averhoff, geb. Gosau. Zu ihrem Nachlaß concurrirten unter Andern die Kinder einer in Kiel verstorbenen Tochter derselben:

Digitized by Google

1) Georg Christian Wilhelm Schmidt, geb. den 19. December 1840,

2) Cäcilia Maria Schmidt, geb. den 25. September 1842,

3) Magdalena Christina Schmidt, geb. den 8. Januar 1845.

Alle drei Kinder, welche bei dem Ableben ihrer Eltern noch nicht confirmirt waren, haben von der Armenkasse des mittelsten Kirchspiels der Insel Fehmarn Unterstützung genossen und es fordert jetzt das betreffende Armencollegium die Erstattung der Ausgaben, welche das Armenwesen für sie vor ihrem erreichten 18ten Lebensjahre aufgewandt hat, während die Schmidt'schen Kinder resp. die Vormünder des jüngsten derselben die Erstattung verweigern. Beide Theile sind übereingekommen, die Rechtsfrage, ob das Armenwesen den Ersatz der fraglichen Unterstützung beanspruchen könne, zur compromissarischen Entscheidung des Holsteinischen Obergerichts zu bringen, zu welchem Ende von beiden Seiten eine Satzschrift bei der Klösterlichen Obrigkeit zu Itzehoe eingereicht und von dieser mit Bericht vom 28. November v. J. hieher eingesandt worden ist.

Es steht daher zur Frage: ob die von Seiten der Armenkasse hülfsbedürftigen Kindern vor ihrem 18ten Lebensjahre gegebenen Unterstützungen von ihnen, wenn sie später zum Ersatze fähig werden, dem Armenwesen zu erstatten sind. *)

In Erwägung nun, daß zwar in den §§ 38 und 39 der Armenordnung vom 29. December 1841 anscheinend allgemein von einem der Armenkasse zustehenden Ersatzanspruch an die Unterstützten die Rede ist, daß aber der übrige Inhalt dieser §en, in welchen von der den Armenalumnen verbotenen Veräußerung ihrer Sachen gehandelt ist, es als zweifelhaft erscheinen läßt, ob dabei auch an den Fall, daß die Unterstützung einem Kinde gereicht ward, gedacht ist, daß es daher wesentlich auf den § 19 ankommt, in welchem speciell von diesem letzteren Falle die Rede ist;

in Erwägung, daß hier das Armenwesen verpflichtet wird, wenn Kinder hülfsbedürftig sind, sich, bis diejenigen, denen ihre Unterstützung obliegt, zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten angehalten werden können, oder wenn diese zu solcher nicht im Stande sind, ihrer anzunehmen, wobei es von dem Ermessen des Armencollegiums abhangen soll, ob das Kind von der Familie zu trennen und unter Vorbehalt des Regresses gegen die zu seiner Versorgung Verpflichteten für Rechnung des Armenwesens zu versorgen oder ob dem Familienvater eine Beihülfe zu gewähren sei;

in Erwägung, daß in dem Vorstehenden dem Armenwesen nur ein Regreß an die zur Alimentation des Kindes Verpflichteten, nicht aber ein Ersatzanspruch an das Kind gewährt wird und dies nicht einmal in dem in dem Paragraphen ausdrücklich hervorgehobenen Falle, daß die Ersteren nicht zur Erfüllung ihrer Verpflichtung im Stande sind;

in Erwägung, daß zwar von diesem Falle der hier zur Beurtheilung stehende, wo überall keine zur Alimentation der Imploraten gesetzlich Verpflichtete existirt haben, etwas verschieden ist, daß aber nicht zu ersehen, weshalb dieser Fall einer andern Behandlung unterzogen werden sollte, da es practisch ungefähr auf dasselbe hinausläuft, ob keine Alimentationspflichtige, an welche das Armenwesen seinen Regreß nehmen kann, existiren, oder ob solche zwar existiren, aber nicht zum Ersatz des von dem Armenwesen Aufgewandten im Stande sind, auch kein Grund vorliegt, weshalb die Kinder, welche keine alimentationspflichtige Verwandten haben, dem Armenwesen gegenüber schlechter gestellt sein sollten, als andere Kinder;

in Erwägung, daß auch noch ein unterstützendes Moment dafür, daß die einem noch nicht 18jährigen gereichte Armenunterstützung von der Gesetzgebung anders als die später gewährte angesehen wird, in dem § 30 der Armenordnung gegeben ist, nach welchem wohl die letztere, nicht aber die erstere, wenn nicht zurückerstattet, bei mangelnder Einwilligung der Heimathscommüne ein Ehehinderniß für den ehemaligen Armenalumnen abgeben soll, wie denn die Armengesetzgebung auch in andern Beziehungen mehrfach die in Rede stehende Altersgrenze hervorgehoben und daran wichtige Folgen geknüpft hat,

cf. § 16, 17 und 58 der Armenordnung,

weshalb die Annahme sich rechtfertigt, daß nach den Grundsätzen der Armenordnung der Einzelne gewissermaaßen erst mit dem fraglichen Alter dem Armenwesen selbstständig gegenübertreten und die bei jedem Menschen ganz unverschuldet stattfindende Hülfs-

*) cf. Schl. Holst. Anz., 1847, S. 12.

Digitized by Google

bedürftigkeit der Kindheit für seine Zukunft keine nachtheilige Folgen haben soll,

wird den Parteien hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß das implorantische Armencollegium nicht berechtigt sei, von den Imploraten die Erstattung der vor ihrem zurückgelegten 18ten Lebensjahre ihnen gewährten Unterstützung zu verlangen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 6. Mai 1864.

Unter welcher Voraussetzung der höhere Gerichtsstand der Mitglieder der drei ersten Rangclassen sich auf ihre selbstständig gewordenen Kinder erstrecke.

Als im Jahr 1857 in Altona die Tochter des wail. Bürgermeisters Conferenzraths Gähler daselbst, Juliane Charlotte Gähler, in 70jährigem Alter verstarb, hielt das Holsteinische Obergericht sich zur Vornahme der gerichtlichen Regulirung ihres Nachlasses für competent, weil die Verstorbene, da ihr Vater in der dritten Rangclasse gestanden, das höhere Forum fortirt hätte. Es stützte sich bei dieser Annahme auf die Vorschrift des Patents vom 12. August 1808, betreffend eine Veränderung in der Rangfolge, wonach Alle, „die eins von den in den drei ersten Rangclassen aufgezählten Königlichen Aemter bekleiden oder bekleidet haben," für sich, ihre Ehefrauen und rechtmäßigen Kinder ersten Gliedes dem Adel gleich zu achten sind und alle dem Adel beigelegten Vorrechte (somit auch den höhern Gerichtsstand) genießen sollen, wobei es davon ausging, daß, wenn auch die Worte des Patents nur denen, die ein Amt in den ersten drei Rangclassen bekleiden, die Adelsrechte für sie selbst nicht blos, sondern auch für ihre Frauen und Kinder, und zwar auch bei vorhandener Selbstständigkeit der Letzteren, verleihen, doch sowohl nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes, wie nach den in der obergerichtlichen Praxis seither befolgten Grundsätzen eine Gleichstellung derjenigen, deren Rang sie in eine der drei ersten Classen verweise, in Bezug auf das Privilegium des Gerichtsstandes sich rechtfertige.

Der Altonaer Magistrat war der entgegenstehenden Meinung und wandte sich, als das Obergericht in einem in dieser Veranlassung an ihn erlassenen Rescript seine Competenz erklärte, mit einer Beschwerde an das Oberappellationsgericht zu Kiel, von welchem darauf der nachstehende Bescheid erfolgte.

Namens Sr. Königl. Majestät

wird dem Holsteinischen Obergerichte mit Beziehung auf dessen Bericht vom 4. August d. J. über den Recurs des Magistrats der Stadt Altona wider eine obergerichtliche Verfügung vom 30. Mai d. J., betreffend die Regulirung des Nachlasses der Julie Charlotte Gähler, unter Remittirung der am 18. d. M. hieselbst eingegangenen obergerichtlichen Archivacten, in Beziehung auf das Rescript vom 14. December 1775, betreffend den Gerichtsstand des fremden Adels,

in Erwägung, daß, wenn auch die Kinder derjenigen, welche eins der in den drei ersten Classen aufgezählten Aemter bekleidet haben, deshalb, weil sie nach dem Patente vom 12. August 1808, betreffend eine Veränderung in der Rangordnung, dem Adel gleich zu achten sind und alle dem Adel beigelegten Privilegien, Ehren, Würden und Vorrechte genießen sollen, den höheren Gerichtsstand haben sollten, so doch jene Bestimmung des Patents vom 12. August 1808 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leidet, da der Vater der verstorbenen Julie Charlotte Gähler, der wailand Conferenzrath und Bürgermeister Gähler, nicht eins der in den drei ersten Rangclassen aufgezählten Aemter bekleidet hat, folglich die verstorbene Julie Charlotte Gähler zur Zeit ihres Todes den höheren Gerichtsstand nicht gehabt hat,

unter Aufhebung des obergerichtlichen Rescriptes vom 30. Mai d. J. hiedurch eröffnet:

daß der Nachlaß der Julie Charlotte Gähler von dem Obergerichte nicht zu reguliren ist.

Königliches Oberappellationsgericht zu Kiel, den 30. September 1863.

Es wird gebeten, Bestellungen auf das 3. Quartal 1864 der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen" **vor Ablauf** des 2. Quartals bei den Postcomtoiren des Wohnorts gefällig beschaffen zu wollen.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

26. Stück. — Den 27. Juni 1864.

Entscheidungen.

Exmissionsverfahren bei begründetem Expulsionsrecht des Vermiethers. — Die gerichtliche Deposition des Betrags einer bestrittenen Forderung ist kein Liberationsact.

In Sachen der Pächter der Glasfabrik Christianshütte, Möller & Fiege zur Christianshütte, Imploraten, jetzt Supplicanten,

wider

den Eingesessenen Hans Clausen in Albersdorf, Imploranten, jetzt Supplicaten,

betreffend die Räumung eines Pachtguts, jetzt Supplication wider den Bescheid der Süderdithmarscher Landvogtei vom 18. Februar d. J.,

ergeben die Acten:

Der Implorant hat bei der Süderdithmarscher Landvogtei gegen die Imploraten unter Berufung auf einen mit ihnen am 5. Juli 1862 auf 10 Jahre abgeschlossenen Pachtcontract über die ihm gehörende Glasfabrik Christianshütte und unter der Angabe, daß Imploraten die am 1. Juli v. J. fällige Pacht nicht entrichtet hätten, ein unterm 26. Januar d. J. abgegebenes Exmissionsmandat impetrirt.

Die Imploraten sind hiegegen rechtzeitig mit Einwendungen eingekommen. Hierin behaupten sie:

1) daß ein Exmissionsverfahren im vorliegenden Falle nicht zulässig sei, weil dasselbe nach vaterländischer Praxis voraussetze, daß der Miethsmann sich nach geschehener und liquidirter Kündigung, so wie nach abgelaufener Miethszeit weigere, die von ihm bisher inne gehabte Wohnung zu verlassen; sie berufen sich

2) darauf, bei Abschluß des Pachtcontracts hätten sie an den Imploranten und dessen Mitinteressenten die Frage gerichtet, wie es mit der Instandsetzung und Unterhaltung des von Scharmoor bis an die an der Eider belegene zum lucrativen Betrieb der Fabrik unbedingt nothwendige Ladestelle führenden Weges stehe, worauf ihnen, namentlich von dem Imploranten, die Zusicherung ertheilt worden sei, von der Eider bis an die erste Biegung dieses Weges gehöre derselbe zur Fabrik und sei von den Imploraten zu unterhalten, während die weiter landeinwärts liegende Strecke von den Landliegern in Stand zu setzen und stets in fahrbarem Zustande zu erhalten sei. Nur in der Voraussetzung der Wahrheit dieser Zusicherung habe den Imploraten die Pachtung der Fabrik in den Sinn kommen können, da im Widrigen ein nutzbarer Betrieb derselben undenkbar sei. Wie der Landvogtei aus einer auf ihren Antrag abgehaltenen Localbesichtigung notorisch sei, befinde sich diese letztere Wegestrecke aber bei etwas nasser Witterung in durchaus unpassablem Zustande und mehrfache von ihnen an die Landlieger erlassene Aufforderungen, den Weg qu. in Stand zu setzen, seien ebenso fruchtlos geblieben, wie das an den Imploranten gestellte Ersuchen, es zu veranlassen, daß solches geschehe, und es hätten sich die Landlieger auf das Entschiedenste geweigert, die Wegestrecke so in Stand zu setzen und zu unterhalten, wie es für den Betrieb der Fabrik erforderlich sei. Durch dies falsche Vorgeben und die Wortbrüchigkeit des Imploranten sei nun den Imploraten ein äußerst beträchtlicher Schaden erwachsen (welchen sie im weiteren Verlauf der Exceptionalien specificiren und auf die Gesammtsumme von 4207 ℛ berechnen). Mit Rücksicht auf diese Schadensforderung hätten sie es für bedenklich erachtet, dem Imploranten die am 1. Juli v. J. fällig gewordene halbjährliche Pachtsumme auszuzahlen, und daher vorgezogen, sie mittelst einer Eingabe vom 6. Juli v. J. bei der Landvogtei zu deponiren, wie dies

Digitized by Google

auch später mit der am 1. Januar d. J. fällig gewordenen Rate geschehen sei. Diese vorgenommene gerichtliche Deposition begründe die Einrede der Erschleichung;

3) endlich behaupten die Imploraten, daß die gedachten Schadensansprüche ihnen die exceptio doli gegen den Ermissionsantrag des Imploranten und das Recht gewährten, das von ihnen inne gehabte Fabrikgewese bis zur Beseitigung dieser Exception zu retiniren, so daß auch in dieser Beziehung das Mandat als erschlichen sich darstelle.

Die Landvogtei hat einen Termin zur Verhandlung über die vorgeschützten Einreden auf den 12. Februar d. J. angesetzt. Hier hat der Implorant unter Berufung auf die Verhandlungen in einem anderweitigen Proceß der Parteien in pcto. schuldiger Kaufgelder von 1866⅔ ℛ R.-M. deducirt, daß die imploratische Retentionseinrede und exceptio doli bereits unterm 8. j. M. von der Landvogtei der Sache nach aberkannt, durch ihre Vorschützung als Compensationseinrede verbraucht, thatsächlich nicht substantiirt und weder liquide noch liquidabel sei, wogegen von dem Imploraten geltend gemacht worden ist, daß das landvogteiliche Erkenntniß vom 8. Februar noch nicht rechtskräftig und der Schadensanspruch, auf welchen die Retentionseinrede gestützt, jedenfalls nicht ganz, sondern nur bis zur Summe von 1866⅔ ℛ verbraucht sei.

Von der Landvogtei ist hierauf am 18. Februar d. J. erkannt: *)

daß das angefochtene Ermissionsmandat vom 26. Januar d. J. aufrecht zu erhalten und Impetraten demnach schuldig seien, demselben nunmehr innerhalb drei Tagen unweigerlich zu geleben, wie denn auch dem Impetranten die durch die vorgebrachten Einwendungen angeursachten weitern Kosten zu erstatten.

Dagegen haben die Imploraten hieher supplicirt und sich darüber beschwert:

daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr das auf jenseitigen Antrag abgegebene Räumungsmandat, unter Berücksichtigung der von dem Supplicanten vorgeschützten Einrede des unrichtig gewählten Verfahrens, als erschlichen wiederum aufgehoben worden, unter Erstattung der Kosten.

Es steht zur Frage, ob diese Beschwerde gegründet ist.

In Erwägung nun, daß das Dithmarscher Landrecht im Art. 79 dem Vermiether das Recht giebt, den Miether, wenn er den Miethzins zur bestimmten Zeit nicht entrichtet, aus der Miethe zu treiben, daß aber hiemit die Voraussetzung des Ermissionsverfahrens gegeben ist, welches nur verlangt, daß der Miether wider den Willen des Eigenthümers im unbefugten Besitz des gemietheten Objects sich befinde, was eben so wohl dann der Fall, wenn der Miether dem begründeten Expulsionsrechte des Vermiethers nicht weicht, wie dann, wenn er die durch Kündigung eingetretene Beendigung des Miethverhältnisses nicht respectirt, wie denn auch die Landvogtei in ihren Entscheidungsgründen bezeugt hat, daß in Fällen der vorliegenden Art das Ermissionsverfahren daselbst practisch sei;

*) Entscheidungsgründe dieses Bescheides:

In Erwägung, daß die gegen das in Folge obergerichtlichen Bescheides vom 23. v. M. abgegebene landvogteillche Ermissionsmandat vom 26. v. M. vorgewandte Einrede des unrichtig gewählten Verfahrens (darauf begründet, daß der summarische Ermissionsproceß zum Schutze des Eigenthums nur gegen den Pächter nach abgelaufener Pachtzeit, nicht aber und namentlich auch nicht nach den Art. 78 und 79 des Dithmarscher Landrechts bloß wegen säumiger Pachtzahlung anwendbar sei) schon deshalb zu verwerfen steht, weil allerdings die hiesige Gerichtspraxis trotzdem, daß das jetzige landvogteiliche Ermissionsverfahren erst im Passus 19 der Constitution vom 5. Januar 1642 seine Rechtfertigung findet, auf Grund der allegirten landrechtlichen Artikel, wenn gleich immer nur salvis exceptionibus des Pächters, wider selbigen ein summarisches Abtreibungsverfahren auch schon wegen nicht bezahlter Pacht zuläßt und jedenfalls die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens für diesen Fall auch bereits in superiori rechtskräftig anerkannt ist; so wie

in weiterer Erwägung, daß die impetratische (supplicantische) Einrede der wegen zuständiger Gegenansprüche beschafften gerichtlichen Deposition der seit Juli v. J. fällig gewordenen Pachtsummen ebenfalls unbegründet ist, da die gerichtliche Deposition einer bestrittenen Schuld an sich dem Debitor gegen den Creditor keine weiteren Gerechtsame gewährt, als dies ohnehin seine Weigerungsgründe, den Creditor zu befriedigen, thun; und

in schließlicher Erwägung, daß die aus dem Rechtsverhältniß der Parteien in Ansehung der deponirten Pachtrückstände entnommene Retentionseinrede des Impetraten (Supplicanten) wegen zuständiger Schadensersatzansprüche desselben an den impetrantischen (supplicatischen) Verpächter zum Betrage von 4207 ℛ vorm. Cour. oder 2243 ℛ 70 ß R.-M. aus denselben Gründen hier nicht weiter in Betracht kommen kann, wegen deren eine gegen eine anderweitige Forderung des Impetranten (Supplicaten) von 1866 ℛ 64 ß sub praes. den 26. August v. J. erhobene impetratische (supplicantische) Reconvention auf jene Ersatzsumme durch das auch in termino vom Impetranten (Supplicaten) in Bezug genommene landvogteiliche Erkenntniß vom 8. d. M. abgewiesen worden ist.

Digitized by Google

in Erwägung, daß es nach der Faſſung der von den Supplicanten aufgeſtellten Beſchwerde fraglich ſein kann, ob dieſe ſich auch auf die geſchehene Verwerfung ihrer übrigen Einreden bezieht, daß dieſelbe aber auch in dieſer Beziehung unbegründet iſt;

in Erwägung nämlich, daß eine gerichtliche Depoſition nur dann den Schuldner befreit, wenn ſie nach ſeiner Abſicht die Stelle der Zahlung vertreten ſoll, dies aber hier, wo die Supplicanten den Betrag einer von ihnen beſtrittenen Forderung des Supplicaten deponirt haben, augenſcheinlich nicht der Fall iſt; ſo wie

in Erwägung, daß die von ihnen vorgeſchützte Retentionseinrede, wenn man auch von den Vorgängen in dem anderweitigen Proceß der Parteien abſehen muß, da hier noch keine endgültige Entſcheidung vorliegt, ſchon um deswillen nicht in Betracht kommen kann, weil ſie, während im Räumungsproceß nur liquide Einreden zu berückſichtigen ſind, illiquide gelaſſen worden iſt,

wird den Supplicanten auf ihre sub praes. den 29. März d. J. hieſelbſt eingereichte Supplicationsſchrift hiedurch von Obergerichtswegen

ertheilt. ein abſchlägiger Beſcheid

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holſteiniſchen Obergerichte zu Glückſtadt, den 30. Mai 1864.

Die Armencommünen haben keinen Anſpruch auf koſtenfreien Proceß. — Die Frage, ob einer Partei das Armenrecht zuſtehe, iſt als Incidentpunkt unter Siſtirung des Hauptverfahrens zu erledigen.

In Sachen des Werkhausökonomen Detlev Mathias Pohlmann in Hademarſchen, Beklagten, jetzt Supplicanten,

gegen

den Armenvorſteher Peter Lange aus Hademarſchen, Namens des Kirchſpiel Hademarſchen Armencollegii, Kläger, jetzt Supplicaten,

betreffend angebliche Schwängerung der in dem dortigen Armen- und Werkhauſe befindlichen Alumnin Margaretha Schröder, daher Alimentation des Kindes, jetzt um Entziehung des dem Armencollegio ertheilten Armenrechts, deshalb Supplication gegen den Beſcheid des Hanerauer Juſtitiariats vom 18./20. Januar 1864,

ergeben die Acten:

Der Armenvorſteher Peter Lange zu Hademarſchen hat Namens des dortigen Armencollegiums eine Klage wider den Oeconomen Pohlmann erhoben und auf Grund einer angeblich von dem Beklagten vollzogenen Schwängerung der Alumnin der Armenanſtalt Margr. Schröder gebeten:

den Beklagten ſchuldig zu erachten, eine ſeinen Vermögensverhältniſſen angemeſſene Alimentation des Kindes bis zu erreichtem 18ten Lebensjahr zu reichen, desgleichen die Entbindungs- und Wochenbettskoſten, ſo wie demnächſt die Taufgebühren s. spec. und endlich die veranlaßten Proceßkoſten, d. et m. s., zu erſtatten.

Nachdem von dem Juſtitiariat Termin zur Verhandlung der Sache anberaumt war, iſt der Beklagte mit einer Vorſtellung eingekommen, in welcher angeführt iſt, daß dem Kläger das Armenrecht ertheilt und er dadurch rückſichtlich des eventuellen Anſpruchs auf Koſtenerſtattung benachtheiligt ſei, daß der Kläger die Armencommüne vertrete, welche, eine wohlhabende Corporation und Grundbeſitzerin, auf freien Proceß keinen rechtlichen Anſpruch habe und er daher um Aufhebung des ertheilten Armenrechts, Ausſetzung des Hauptverfahrens bis zur erfolgten Entſcheidung und Koſtenerſtattung bitten müſſe.

In der eingezogenen Erklärung hat Kläger ausgeführt, daß die eigentliche Klägerin die Alumnin des Werkhauſes Margr. Schröder ſei, deren Sache vom Armencollegium auf Grund der demſelben über die Armenalumnen zuſtehenden Vormundſchaft im Proceß zur Geltung gebracht werden ſolle, daß der Schröder aber unzweifelhaft das Armenrecht ertheilt werden könne, daß auch der Kläger in dem zum Güteverſuch anberaumten Termin mit ſeiner Curandin M. Schröder erſchienen ſei, woraus die Abſicht hervorgehe, daß deren Rechte zur Geltung gebracht werden ſollten, und endlich, daß den Armencommünen eben ſowohl wie dem Zuchthauſe und der Irrenanſtalt koſtenfreier Proceß zukomme.

Das Juſtitiariat hat unterm 18. Januar d. J. den Beklagten abgewieſen und zur Koſtenerſtattung verurtheilt.*)

*) Die Entſcheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß die vom Beklagten aufgeſtellte vom Kläger aber beſtrittene Behauptung, daß dem Hademarſcher Armencollegio in dieſer Sache ertheilte Armenrecht ſei deswegen unſtatthaft und demſelben wieder zu entziehen, weil das Armenweſen nicht nur liegende Gründe beſitze, ſondern

Digitized by Google

Er hat dagegen rechtzeitig hierher supplicirt und sich darüber beschwert, daß nicht dem Kläger das Armenrecht entzogen und er in die Kosten des Incidentverfahrens verurtheilt worden, event. daß unter Aufhebung des ertheilten Armenrechts eine Kostencompensation erkannt sei.

Nach eingezogener Gegenerklärung steht zur Frage, ob die Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß Supplicant mit Grund hat beanspruchen können, daß die Frage, ob dem klagenden Armencollegio das Armenrecht zustehe, damit die Erledigung derselben nicht bis zur Beendigung des anhängig gemachten Rechtsstreits verschleppt werde, im Wege des Incidentverfahrens entschieden werde, und sein fernerer Antrag, daß bis dahin das Hauptverfahren auszusetzen sei, mit Rücksicht auf das unverkennbare Interesse, welches derselbe daran hat, daß zuvor der Incidentpunkt zur Entscheidung gelange, als gerechtfertigt erscheint;

in Erwägung, daß, die Hauptsache anlangend, die klägerischen Armenvorsteher nicht im Namen der Armenalumnin Schröder, sondern im Namen des Armencollegii, den Proceß wider den Beklagten anhängig gemacht; auch ihren Klaglibell nicht darauf gerichtet haben, daß der Schröder die beanspruchten Alimente ꝛc. geleistet werden, und es sich daher nicht darum handeln kann, ob die Schröder, sondern ob die Armencommüne zum Genuß des Armenrechts zuzulassen ist;

in Erwägung, daß die Armencommüne als pium corpus nicht anzusehen ist, auch sich aus den §§ 26 und 40 der Armenordnung vom 29. December 1841 eine Berechtigung der Armencommüne, bei Geltendmachung der Rechte der Unterstützten gegen Andere kostenfreien Proceß zu genießen, um so weniger entnehmen läßt, als in den §§ 96 und 97 die Fälle ausdrücklich bezeichnet sind, in denen eine unentgeltliche Erledigung der betreffenden Differenzen eintreten soll, und mithin, da specielle Verfügungen nicht erlassen sind, durch welche den Armencollegien kostenfreier Proceß bewilligt worden, eine Praxis in Beziehung hierauf ihnen ebenfalls nicht zur Seite steht,

Anz. pro 1845, p. 56, und 1846, p. 218,

ein rechtlicher Grund überall nicht vorgelegen hat, dem Kläger das Armenrecht zu bewilligen;

wird auf die vorrubricirte sub præs. den 7. Febr. d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsvorstellung und Bitte, nach eingezogener Gegenerklärung, unter Beseitigung des Bescheides des Hanerauer Justitiariats vom 18. Januar d. J., von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt:

daß das dem Armencollegio des Kirchspiels Hademarschen zur Führung des vorliegenden Processes ertheilte Armenrecht wiederum aufzuheben, die Supplicaten auch schuldig, dem Supplicanten die in der Unterinstanz erwachsenen Kosten dieses Incidentstreits binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten; unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 31. Mai 1864.

---

auch eine Commüne von vermögenden und reichen Interessenten repräsentire, schon deswegen als unbegründet erscheint, weil das Armencollegium durch ihren Armenvorsteher nicht im eigenen Namen, sondern nur in Vertretung der Rechte ihrer Alumnin Margaretha Schröder diese Rechtssache führt und deren Gerechtsame gegen den Beklagten klagend verfolgt, zu dieser Vertretung und Ausführung der Ansprüche ihrer Alumnen aber nach Inhalt der §§ 26 und 40 der Armenordnung vom 29. December 1841 nicht nur, selbst ohne Zustimmung ihrer Alumnen, berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die Margaretha Schröder aber, deren Gerechtsame wegen Schwängerung hier verfochten werden, notorisch wie actenkundig eine Alumne der Hademarscher Armenanstalt, daher arm und für die Ertheilung des Armenrechts qualificirt ist;

in weiterer Erwägung, daß, selbst abgesehen von dem angeführten Grunde, der Antrag des Beklagten auch deshalb nicht als gerechtfertigt erkannt werden kann, weil nach der Praxis, gestützt auf die Bestimmungen der angezogenen Armenordnung, wornach das Armenwesen in seinen Streitigkeiten unentgeltliche Processführung genießt, auf § 25 der Stempelpapierverordnung vom 31. October 1804, welche pia corpora von dem Gebrauch des Stempelpapiers befreit, auf das Kanzleipatent vom 20. Aug. 1796 und § 12 des Regulativs für die Irrenanstalt zu Schleswig vom 12. Sept. 1820, in welcher den öffentlichen Anstalten, dem Zuchthause zu Glückstadt und der Irrenanstalt zu Schleswig, in ihren gerichtlichen Streitigkeiten ein kostenfreier Proceß und die Zuordnung eines Fürsprechers von Amtswegen zugesichert ist, so wie auf sonstiges Verfahren in ähnlichen Fällen, den Armencollegien auf Verlangen das Armenrecht zugestanden wird.

Es wird gebeten, Bestellungen auf das 3. Quartal 1864 der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ **vor Ablauf** des 2. Quartals bei den Postcomtoiren des Wohnorts gefällig beschaffen zu wollen.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

27. Stück. — Den 4. Juli 1864.

Entscheidungen.

Umwandlung von Hofdiensten, die auf der Leibeigenschaft beruhten, in eine Geldprästation; ob selbige als Reallast zu betrachten.

In Sachen des Advocaten Meyersahm in Oldenburg, in Vollmacht der Gutsherrschaft des Großherzoglich Oldenburgischen Fideicommißguts Sebent, Justificanten und Appellanten,

wider

den früheren Bödner Joh. Christian Prüß in Damlos, jetzt in Pönitz, Amts Ahrensböck, Justificaten und Appellaten,

hauptsächlich wegen Rechtfertigung der ad proclama über die Bödnerstelle des Justificaten sub passu II, 2 et 3 beschafften Angaben, jetzt der Appellation wider das Beweiserkenntniß des Justitiariats der Großherzoglich Oldenburgischen Fideicommißgüter vom 10./15. September 1862,

ergeben die Acten:

Beim Verkauf der früher dem Beklagten gehörenden Bödnerstelle in Damlos ist von der Großherzoglichen Güteradministration unter Anderm ein jährlich zur Hälfte auf den 1. Mai und auf Michaelis von der Bödnerstelle zu entrichtendes Dienstgeld von 6 ℔ Cour., gleich 9 ℔ 58 ß R.-M., welches seit 1849 nicht bezahlt worden, mithin jetzt mit 75 ℔ Cour. oder 120 ℔ R.-M. rückständig sei, in eventum für die Zukunft jährlich von der Bödnerstelle zu leistende 48 Hofdiensttage nebst den Anmeldungskosten auf das von dem Beklagten extrahirte Proclam angemeldet.

Zur Justification dieses professi aufgefordert, ist vom Justificanten vor dem Justitiariate der Großherzoglich Oldenburgischen Fideicommißgüter klagend vorgebracht:

Das Gut Sebent sei seit den ältesten Zeiten ein Domanialgut gewesen, in welchem, wie in allen adeligen Gütern, bis Ende vorigen Jahrhunderts die Leibeigenschaft geherrscht habe und die Gutsherrschaft die alleinige Grundeigenthümerin gewesen sei; die von den Untergehörigen zu leistenden Hofdienste seien jedoch durch Reglement der Großfürstlichen Regierung vom 22. August 1739 genau bestimmt und habe die Gutsherrschaft vielfach den Untergehörigen in Sebent dingliche Nutzungsrechte an Grund und Boden überlassen, welche ursprünglich als Erbpacht oder Superficies übertragen worden, im Laufe der Zeit in ein Nutzeigenthum übergegangen seien. Die Inhaber dieser dinglichen Gerechtsame seien Bödner genannt und nach der Größe ihres Besitzes und ihrer Weidebefugnisse in Groß- und Kleinbödner getheilt, von denen Erstere in der Regel 96, Letztere 48 Hoftage zu leisten gehabt, doch seien hiervon auch Ausnahmen vorgekommen, namentlich hätten einige Bödner, welche gar kein Land gehabt, nur 18 Hoftage geleistet. Zu diesen Letzteren habe vor 100 Jahren der leibeigene Urgroßvater des Justificanten gehört. In Veranlassung der Einkoppelung der Dorfsfelder im Jahre 1781 sei nicht nur den Bödnern die Weide anderweitig angewiesen, sondern es seien auch alle Bödner hinsichtlich

Digitized by Google

ihrer Gerechtsame, Abgaben und Dienste auf gleichen Fuß gesetzt. Es sei daher auch dem damaligen Besitzer der justificatischen Stelle Asmus Prüß so viel Land zugelegt, daß er 180 []Ruthen gehabt, er habe dann aber auch außer einigen herrschaftlichen Gefällen und Communelasten 48 Hoftage leisten müssen. Im Jahre 1793 sei der genannte Asmus Prüß verstorben, worauf sein Sohn Hans Jürgen Prüß, nachdem er durch einen Erbvergleich mit seinen Geschwistern die Stelle erworben, ordnungsmäßig um Bestätigung seines Besitzes nachgesucht, die ihm auch durch einen gutsherrlichen Hausbrief vom 13. September 1793 ertheilt worden, in welchem dem Stellbesitzer die Prästanda und Dienste, wie erwähnt, zur Pflicht gemacht seien. Einige Jahre später sei von dem damaligen Fideicommißinhaber die Aufhebung der Leibeigenschaft, so wie die Niederlegung aller Naturalhofdienste, desgleichen die Einrichtung von Pachthöfen und Landinstenstellen in den Fideicommißgütern verfügt und, um diese Einrichtung im Gute Sebent durchzuführen, im Sommer 1798 eine Commission bestellt, welche auch mit den Bödnern wegen des für dieselben zur Ausübung ihrer Weidegerechtsame auszulegenden Landes und wegen einer Umwandlung oder Abfindung für die bisher von ihnen geleisteten Hofdienste zu verhandeln gehabt. In dieser Veranlassung sei ein mit den oben gemachten Angaben übereinstimmendes Verzeichniß der Ländereien, Dienste ꝛc. aufgenommen. Mit dem Anerbieten der gutsherrlichen Commission, daß zu den Weidenutzungen eines Großbödners 3½ Tonnen Land, eines Kleinbödners 2 Tonnen Land ausgelegt werden sollten, seien sämmtliche Damloser Bödner einverstanden gewesen, sie hätten sich aber entschieden geweigert, auf den Vorschlag der Commission einzugehen, daß die bisherigen 96 und 48 Hoftage in resp. 24 und 18 wirkliche Erntetage verwandelt würden. Dagegen hätten sämmtliche Bödner um gänzliche Befreiung von Hofdiensten gegen ein jährlich zu zahlendes Dienstgeld nachgesucht und hätten, sofern jedem von ihnen zur Abfindung für ihre Weidebefugnisse ein besonderes Stück Land zu freiem Gebrauche eigenthümlich eingethan werde, die Kleinbödner für die ihnen obliegenden 48 Hoftage ein jährliches Dienstgeld von 6 ℛ, die Großbödner für 96 Hoftage von 12 ℛ offerirt; sofern sie aber nur einen blos als gemeine Weide zu benutzenden gemeinschaftlichen Weideort erhielten, wollten sie ein jährliches Dienstgeld von resp. 5 und 10 ℛ Cour. entrichten. Die Gutsherrschaft habe dies Erbieten der Bödner, für jeden ihnen obliegenden Hoftag 6 ß zu leisten, für die nächsten 10 Jahre angenommen, jedoch nur als Vergünstigung bewilligt; daß von dem für sämmtliche Bödner soweit möglich in einer Flur auszulegenden Lande Jedem ein besonderer Theil zugewiesen werde. Als darauf im Jahre 1804 die Damloser Bödner um die Erlaubniß gebeten, daß jeder seine Parcele mit einem Graben einfriedigen dürfe, sei ihnen dies bewilligt, dabei aber die ertheilte Vergünstigung und daß den Bödnern nur eine Berechtigung, die Parcelen zu beweiden, zustehe, ausdrücklich betont. Alle Bödner hätten darauf ihre Parcelen mit Gräben eingefriedigt und bis auf diesen Tag auf beliebige Weise landwirthschaftlich benutzt. Seit Maitag 1803 sei das vereinbarte jährliche Dienstgeld von den Bödnern, namentlich auch von Hans Jürgen Prüß, bezahlt.

Als nicht völlig 2 Jahre später in Veranlassung der Aufhebung der Leibeigenschaft und der auf Leibeigenschaft beruhenden Hofdienste in Holstein unterm 14. Januar 1805 an alle Gutsbesitzer die Verfügung ergangen, sobald als möglich ein vollständiges Verzeichniß der im Gute vorhandenen Familienstellen mit der Bemerkung ihrer Größe und der jetzigen Abgaben und Dienste von demselben nach Maaßgabe eines vertheilten gedruckten Schema's bei der Holsteinischen Regierung einzureichen, habe die Gutsherrschaft von Sebent in diesem Verzeichnisse die Bödnerstellen in Damlos als nur zu den im Hebungsregister pro 1803/4 verzeichneten Geldabgaben an die Gutsherrschaft pflichtig verzeichnet und demgemäß sei das 1801 vereinbarte Dienstgeld fortwährend fast 50 Jahre lang bezahlt, bis vor reichlich 10 Jahren die meisten Bödner sich der Dienstgeldzahlung entlegt hätten. Im April 1848 hätten die Bödner in Damlos in einer Collectivsupplik an den Fideicommißinhaber verschiedene Begünstigungen, unter Anderm die Aufhebung des Dienstgeldes, welches in die Stelle der aufgehobenen Hoftage oder Dienste getreten sei, event. eine Herabsetzung desselben verlangt, weil diese Abgabe drückend sei und das Recht der Gutsherrschaft wenigstens

Digitized by Google

zweifelhaft erscheine. Obwohl die Supplicanten abschlägig beschieden worden, hätten sie doch fortgefahren, sich der Dienstgeldzahlung zu entlegen, unter ihnen auch Jürgen Hinrich Prüß. Die Gutsherrschaft habe nun ihren Consulenten mit der Eintreibung der Rückstände beauftragt und auf dessen Mahnung habe J. H. Prüß Michaelis 1850 und Maitag und Michaelis 1851 das fällige Dienstgeld mit je 3 ℛ Cour. bezahlt, ohne jedoch die von Maitag 1848 bis dahin 1850 in Rückstand gelassenen Termine zu berichtigen. Von Michaelis 1851 an bis zu seinem Tode habe J. H. Prüß das Dienstgeld unberichtigt gelassen. Durch Erbvergleich zwischen der Wittwe und den 7 Kindern des Verstorbenen vom 5. Februar 1856 habe darauf der gegenwärtige Justificat die Stelle erworben und dabei unter Anderm die etwa rechtlich in Zukunft zu zahlende Abfindungssumme für frühere Hofdienste übernommen. Obgleich dazu aufgefordert, habe Justificat auch, während seiner Besitzzeit kein Dienstgeld bezahlt, wohl aber durch seinen Bevollmächtigten erklären lassen, daß er sich auf die Zahlung nicht eher einlassen könne, bis ihm die Verpflichtung dazu nachgewiesen oder auch das viel zu hohe Dienstgeld durch Vergleich herabgesetzt sei.

Aus den vorgetragenen historischen Beziehungen ergebe sich die factische Begründung des justificantischen Anspruches genügend.

Der geltend gemachte Anspruch ruhe als Reallast auf der justificatischen Bödnerstelle. So wie die Gutsherrschaft von Sebent als Grundherrschaft dem Vorbesitzer Asmus Prüß zur Zeit der Einkoppelung der Damloser Dorfsfelder gegen Gewährung dinglicher Berechtigungen die jährliche Leistung von 48 Hoftagen auferlegt habe, so sei auch der nachfolgende Stellbesitzer durch den gutsherrlichen Hausbrief vom 13. September 1793 verpflichtet worden, von der Bödnerstelle jährlich 48 Hoftage zu leisten. In die Stelle dieser als dingliche Last abgehaltenen Hoftage sei aber seit 1803 das von allen Damloser Bödnern für gänzliche Befreiung von Leistung der Hoftage angebotene und von der Gutsherrschaft angenommene jährliche Dienstgeld getreten. Genau genommen sei dies Anerbieten zwar nur auf 10 Jahre acceptirt, indessen selbst wenn die damalige Convention zwischen Gutsherrschaft und Bödnern nur für 10 Jahre gültig gewesen wäre, sei die Zahlung doch nach Ablauf der 10 Jahre die Verjährungsfrist hindurch ununterbrochen fortgesetzt, die Veränderung der Leistung also durch Verjährung fixirt. Da bei den Reallasten der dingliche Character das wesentliche Element sei, in den einzelnen Leistungen aber nur eine Bethätigung des Rechts im Ganzen erblickt werden könne, so habe der jedesmalige Stellbesitzer auch für die von seinem Vorbesitzer in Rückstand gelassenen Leistungen einzustehen. Event. werde der angemeldete Anspruch auf die von dem Justificaten während seiner Besitzzeit in Rückstand gelassenen Dienstgelder, so wie auf den 8. Theil der Rückstände des Vaters und Vorbesitzers des Justificaten beschränkt. Falls aber der Anspruch auf ein jährlich von der justificatischen Bödnerstelle zu zahlendes Dienstgeld von 9 ℛ 58 ß durch die vorgetragenen Thatumstände nicht begründet werden könnte, also die Umwandelung oder Abfindung der früher von der Bödnerstelle zu verrichtenden Hofdiensttage mit rechtlicher Wirkung nicht erfolgt sei, so werde die Berechtigung der Gutsherrschaft von Sebent, die Leistung der früheren Hoftage von dem Besitzer der Stelle zu verlangen, nicht aufgehoben sein und für diesen eventuellen Fall habe die Gutsherrschaft für die Zukunft den Anspruch auf jährliche Leistung von 48 Hofdiensttagen von der in Rede stehenden Bödnerstelle anmelden lassen.

Der Justificat hat diesen Ausführungen außer den nicht mehr in Betracht kommenden Einreden der fehlenden Legitimation, des unrichtig gewählten Verfahrens und des Verzichtes die Einrede der unbegründeten und unstatthaften Klage als proceßbindernd opponirt und nachdem er sich event. unter Anerkennung der der Klage angelegten Documente im Uebrigen negativ eingelassen, als peremtorische wiederholt. Zur Begründung derselben hat er sich auf Folgendes berufen:

a) ein Contract, durch welchen die Hofdienste, welche ein Vorbesitzer des Justificaten geleistet haben möge, für alle Zeiten in ein Dienstgeld verwandelt worden, sei nicht zu Stande gekommen;

b) ein Recht auf das von der Gutsherrschaft geforderte Dienstgeld als eine dingliche Last habe nicht durch Verjährung und

c) noch weniger durch Ersitzung begründet werden können;

Digitized by Google

d) es sei überall ein dingliches Recht auf Leistung von Dienstgeldern von Seiten des Justificaten und seiner Vorbesitzer für die Gutsherrschaft nicht entstanden;

e) auch die Forderung von der fraglichen Bödnerstelle in Zukunft zu leistender 48 Hoftage sei rechtlich nicht begründet;

f) die für Befreiung angeblich obliegender Hofdienste und für angeblich freie Benutzung von 2 Tonnen Land, welche der fraglichen Bödnerstelle zur Ausübung von Weidebefugnissen beigelegt seien, geforderte Entschädigung könne rechtlich nicht verlangt werden.

Event. ist die Einrede der pluspetitio opponirt und zu deren Begründung bemerkt: profitirt sei das seit 1849 rückständige Dienstgeld, Justificat sei aber erst 1856 Besitzer geworden, es könnten aber, auch wenn das Dienstgeld als Reallast zu betrachten sei, nur die während seiner Besitzzeit fällig gewordenen Termine von ihm verlangt werden. Zu etwas Weiterem habe er sich auch durch den Erbvergleich vom 5. Februar 1856, der überdies der Gutsherrschaft keine Rechte geben könne, nicht verpflichtet; der Vergleich rede nicht von rückständigen Dienstgeldern, sondern von einer etwa zu leistenden Abfindungssumme für frühere Hofdienste.

Replicando und duplicando ist nichts Neues vorgebracht. (Der Beschluß folgt.)

Ob es erforderlich sei, in den gegen eine Frau gerichteten Proceßschriften der Assistenz ihres Geschlechtsbeistandes zu erwähnen.

In Sachen des J. A. Hansen auf Heuwisch, Imploranten, jetzt Supplicanten,

wider

die Wittwe des J. H. Grotbusen daselbst, Imploratin, jetzt Supplicatin,

betreffend hauptsächlich provocatio ad agendum, jetzt Supplication wider ein Landvogteierkenntniß vom 17. März d. J.,

ergeben die Acten:

Im September v. J. ist ein Hund der Supplicatin von unbekannter Hand verstümmelt worden. Die Supplicatin, welche den Verdacht des begangenen Frevels auf den Supplicanten geworfen hatte, reichte in Folge dessen bei der Norderdithmarscher Landvogtei eine Vorstellung gegen ihn ein, in welcher sie ihn der Begehung desselben bezüchtigte und darauf antrug, daß er zur Erstattung des ihr durch die Verstümmelung des Hundes angeursachten Schadens verurtheilt und zugleich nach Maaßgabe der Verordnung vom 6. Mai 1859, betreffend die Bestrafung der Thierquälerei, in Strafe genommen werden möchte. Die Landvogtei beraumte hierauf einen Termin zur summarischen Verhandlung und Entscheidung der Sache auf den 22. September v. J. an. Hier bezog die Supplicatin sich auf die von ihr eingereichte schriftliche Klage, der Supplicant legte dagegen eine Vernehmlassung zu Protocoll, in welcher er gegen die Cumulirung der gegnerischen Schadensklage mit dem polizeilichen Untersuchungsverfahren wegen Thierquälerei protestirte, im Uebrigen aber die ihm zur Last gelegte Mißhandlung des Hundes in Abrede zog. Es ward nun noch replicirt, dann aber von der Landvogtei den Parteien eröffnet, daß die vorliegende Sache als Polizeisache aufzufassen und daher auf Grund der Anzeige der Implorantin eine polizeiliche Untersuchung wider den Imploraten einzuleiten sei. Der Anwalt der Supplicatin trat nun ab und es wurden der Supplicant und die von der Supplicatin denominirten Zeugen vernommen, worauf am Schlusse des Termins dem Supplicanten zu erkennen gegeben ward, daß die Untersuchung werde fortgesetzt werden. Nachdem dies durch die Neuenkirchener Kirchspielvogtei geschehen war, eröffnete die Landvogtei mittelst Decrets vom 21. October v. J. der Supplicatin, daß die nach in termino den 22. September v. J. stattgehabter Verhandlung der Sache eingeleitete polizeiliche Untersuchung zu keiner Entdeckung der Verstümmelung des qu. Hundes geführt habe.

Nun reichte der Supplicant unterm 12. März d. J. bei der Landvogtei eine Vorstellung ein, in welcher er unter Hinweisung auf den von der Supplicatin erhobenen Civilanspruch auf Schadenersatz darauf antrug, daß ein definitives Erkenntniß auf die

Digitized by Google

Klage der Supplicatin, betreffend ihren erhobenen Anspruch auf Schadensersatz, abgegeben, auch für den Fall der Verweisung derselben mit ihrer Klage zum ordentlichen Verfahren zugleich, wie überall eventuell, ihr aufgegeben werden möchte, innerhalb einer präclusivischen Frist von 6 Wochen die Klage dieserhalben ordnungsmäßig auszubringen, im Widrigen sie zum ewigen Stillschweigen werde verwiesen, auch schuldig erkannt werden, dem Supplicanten die Kosten dieses Rechtsstreits, s. d. et m., zu erstatten.

Hierauf gab die Landvogtei dem Supplicanten durch Decret vom 17. März d. J. zu erkennen, daß zur Abgabe eines ferneren definitiven Urtheils oder eines Provocationsmandats keine Veranlassung mehr vorliege. *)

Hiergegen hat der Supplicant sich hierher gewandt und sich darüber beschwert, daß nicht das von ihm beantragte Provocationsmandat abgegeben worden sei.

Die Supplicatin hat in ihrer Gegenerklärung die Abweisung des Supplicanten, ref. exp., beantragt, weil

1) sowohl das in der Unterinstanz eingebrachte Provocationsgesuch wie auch die Supplicationsschrift gegen sie ohne Erwähnung ihres Geschlechtsbeistandes gerichtet und rubricirt sei, weil

2) der Supplicant seiner Supplicationsschrift ein wesentliches Actenstück, das von der Landvogtei auf die Denunciation der Supplicatin am 21. October v. J. abgegebene Decret, nicht angeschlossen habe, weil

3) der Nachweis über das Vorhandensein der gesetzlichen Berufungssumme fehle, der in der Denunciationsschrift der Supplicatin erwähnte Schaden aber den Betrag von 15 ℛ Cour. nicht erreiche, weil

4) das Petitum des Supplicanten sowohl in der Unterinstanz wie auch in der Supplicationsschrift dahin gerichtet sei, daß der Supplicatin aufgegeben werde, ihren Schadensanspruch auf dem ordentlichen Wege Rechtens geltend zu machen, Supplicatin aber von vorne herein ihren Schaden als eine Bagatellsache bezeichnet habe und ein Ordinarienverfahren daher unmöglich sei, und weil endlich

5) in omnem eventum die Einrede der Rechtskraft entgegenstehe, indem in dem Termin vom 22. September v. J. den Parteien von der Norderdithmarscher Landvogtei eröffnet worden, daß die ganze Angelegenheit als Polizeisache aufzufassen und zu behandeln sei, welche Decretur von keiner Seite angefochten worden.

In Erwägung nun, daß die von dem Supplicanten unterlassene Erwähnung der Geschlechtscuratel der Supplicatin auf dem Rubrum seiner Proceßschriften ohne Relevanz ist, da die Bezeichnung der Gegenpartei in einer Proceßschrift nur in der Weise zu geschehen hat, daß an dieselbe die erbetene richterliche Verfügung in wirksamer Weise erlassen werden kann, die Supplicatin aber auch ohne Curator unzweifelhaft zur Entgegennahme gerichtlicher Erlasse befugt ist;

in Erwägung, daß das Fehlen eines zu den Voracten gehörenden Actenstücks nach dem § 24 der Verordnung vom 22. August v. J., betreffend die Appellation und Supplication an die Oberdicasterien, nicht die Verwerfung der Supplication zur Folge hat, zu einer nachträglichen Einziehung des von der Supplicatin erwähnten Decrets vom 21. October v. J. aber keine Veranlassung vorliegt, weil ein Concept desselben bei den eingelieferten Voracten sich findet;

in Erwägung, daß das Vorhandensein der Recurssumme im vorliegenden Falle überall nicht zur Frage steht, weil das von dem Supplicanten zur Hand genommene Rechtsmittel, da ein der Rechtskraft nicht fähiges Decret von ihm angefochten ist, als eine einfache Beschwerde aufgefaßt werden muß, für die eine Berufungssumme nicht vorgeschrieben ist;

*) Die Gründe der Entscheidung lauten:

Daß nach Ausweis des landvogteilichen Verhandlungsprotocolls den Parteien in dem auf Anhalten der Imploratin abgehaltenen Termin am 23. September v. J. eröffnet worden ist, daß die vorliegende Sache als Polizeisache aufzufassen und daher auf Grund der Anzeige der damaligen Klägerin, jetzigen Imploratin, eine polizeiliche Untersuchung wider den damaligen Beklagten, jetzigen Imploranten, einzuleiten sei, und daß die Parteien sich bei diesem Erkenntniß beruhigt haben, so wie daß dem Letzteren späterhin gelegentlich die mündliche Mittheilung gemacht worden ist, daß die eingeleitete Untersuchung zu keinem Resultat geführt habe, daß also, da in dem qu. Erkenntniß bereits eine Abweisung der Schadensersatzansprüche der Imploratin enthalten ist, zur Abgabe eines ferneren definitiven Urtheils ꝛc.

Digitized by Google

in Erwägung, daß auch der aus der Fassung des supplicantischen Antrags entnommene Einwand der Supplicatin keine Berücksichtigung verdient, weil das Auftreten im ordentlichen Wege Rechtens nicht nothwendig gleichbedeutend mit dem Klagen in ordinario ist, übrigens auch nichts im Wege stehen würde, von dem Antrage des Supplicanten auf Verweisung der Gegnerin auf eine bestimmte Procedur abzusehen und ihr überhaupt den geeigneten Weg Rechtens offen zu halten;

in Erwägung, daß die Beurtheilung der Einrede der Rechtskraft mit der Prüfung der Hauptsache zusammenfällt; und

in Erwägung, was die von dem Supplicanten erhobene Beschwerde betrifft, daß die Supplicatin in ihrer bei der Landvogtei eingereichten Klage ihr zustehende Schadensansprüche gegen den Supplicanten wegen Verstümmelung ihres Hundes behauptet hat und diese Ansprüche keineswegs erledigt sind, da die Landvogtei zwar zunächst ein Civilverfahren eingeleitet, aber in dem Termin vom 22. September v. J., nachdem nur bis zur Replik verhandelt worden war, dies Verfahren, ohne über den Grund oder Ungrund der erhobenen Klage sich auszusprechen, abgebrochen und ein Polizeiverfahren wegen Thierquälerei eingeleitet hat, welches ohne Resultat blieb, wie dies denn der Supplicatin durch Decret vom 21. October v. J., und zwar wiederum ohne ihrer Civilansprüche zu erwähnen, mitgetheilt worden ist, daß daher, da über diese noch nicht erkannt worden, der Supplicant zu dem Verlangen berechtigt ist, daß sie zum endlichen Austrage gebracht werden, was nur durch eine Provocation der Gegenpartei zur Klage geschehen kann, und daß demzufolge die erhobene Beschwerde begründet ist,

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 7. April d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen, unter Beseitigung des angefochtenen Bescheides vom 17. März d. J. und Vergleichung der Kosten dieser Instanz, so wie Aussetzung der in der Unterinstanz erwachsenen Kosten, zum Bescheide ertheilt:

daß von der Herzoglichen Norderdithmarscher Landvogtei das von dem Supplicanten beantragte Provocationsmandat an die Supplicatin zu erlassen sei.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 28. Mai 1864.

Anerkennung der Vaterschaft von Seiten des Schwängerers als Fundament der Schwängerungsklage.

In Sachen des Mädchens Dorothea Rogg in Krems c. c., Klägerin, jetzt Supplicantin,

wider

den Erbpächter Ivens daselbst, Beklagten, jetzt Supplicaten,

wegen Ernährung eines Kindes und Satisfaction, jetzt Supplication wider das Erkenntniß des Justitiariats des Guts Muggesfelde vom 16. September v. J.,

ergeben die Acten:

Unterm 21. März v. J. hat Klägerin, nachdem sie vom Beklagten ad agendum provocirt worden, vor dem Muggesfelder Gutsgericht klagend vorgebracht: Beklagter sei Vater eines von ihr am 27. Januar d. J. geborenen Kindes, er habe schon seit Jahren, besonders aber in der mit der Geburt des Kindes zutreffenden Zeit, mit der Klägerin concumbirt. Klägerin klage aber nicht allein ex stupro, sondern erhebe auch gegen den Beklagten Alimentations- und Satisfactionsansprüche aus der geschehenen Anerkennung seiner Vaterschaft. Im vergangenen Herbst nämlich, zur Zeit der Roggenaussaat, habe Beklagter, als Klägerin auf seine Frage nach den Folgen ihres geschlechtlichen Umgangs ihm gesagt, daß sie schwanger sei, dieselbe ersucht, nichts davon zu sagen, und ihr zugesichert, er wolle ihr bis zum 10. Lebensjahr des Kindes jährlich 20 ℛ Cour., auch 10 ℛ Cour. zum Wochenbett, geben, er werde desungeachtet zahlen. Es müsse vorher aber erst alles aus der Welt sein, ehe er zahle, und wenn Beklagter im Kirchenbuche als Vater notirt werde, bekomme Klägerin keinen Schilling. Klägerin habe hierzu nicht ja und nicht nein gesagt, sondern bitterlich

Digitized by Google

geweint, worauf Beklagter mit den Worten weggegangen sei, er wolle gehen, sonst könnte es leicht Jemand sehen. Aus beiden Klagfundamenten ergäben sich nun die gleichen Rechtsfolgen, die Verpflichtung zur Ernährung des Kindes, zur Erstattung der Wochenbettskosten, so wie zur Zahlung pro defloratione ref. exp. Da Beklagter sich zu zahlen weigere, bitte Klägerin, ihn in 160 ℔ R.-M. pro defloratione und in 16 ℔ Wochenbettskosten binnen 6 Wochen, zur Ernährung des Kindes aber in praen. 32 ℔ R.-M. jährlich bis zum vollendeten 18ten Lebensjahr des Kindes oder bis dasselbe einen eigenen Stand ergriffen habe, zu verurtheilen.

Excipiendo hat Beklagter geleugnet, Vater des Kindes der Klägerin zu sein und zur zutreffenden Zeit mit ihr concumbirt zu haben, während er einräumt, daß Klägerin am 27. Januar von einem unehelichen Kinde entbunden worden.

Beklagter hat ferner geleugnet, jemals mit der Klägerin über ihre Schwangerschaft gesprochen zu haben und auch das in der Klage angeführte Gespräch gänzlich in Abrede gestellt, aber notirt, daß Klägerin sein angebliches Anerbieten nicht angenommen habe, sondern weder „ja" noch „nein" dazu gesagt.

Endlich hat Beklagter bestritten, daß die Klage durch das, was darin über die Anerkennung der Vaterschaft enthalten sei, begründet werden könne, und zwar erstlich, weil zur Klagbegründung die Behauptung nicht geeignet sei, Beklagter habe außergerichtlich die Vaterschaft des Kindes anerkannt, ferner weil nach der Darstellung der Klägerin die angebliche Zusicherung des Beklagten nur unter der Bedingung ertheilt sei, daß Klägerin schweige und des Beklagten Name im Kirchenbuche nicht notirt werde, welche Bedingungen liquidermaaßen nicht gehalten worden seien, endlich weil Klägerin die angeblichen Anerbietungen des Beklagten gar nicht acceptirt habe. Beklagter bitte daher um Abweisung der Klage ref. exp.

Nachdem sodann ohne Vorbringung neuer thatsächlicher Behauptungen re- und duplicirt worden, hat das Justitiariat unterm 16. September v. J. der Klägerin den Beweis auferlegt:*)

daß Beklagter sich mit ihr zu einer solchen Zeit fleischlich vermischt habe, daß er rechtlicher Präsumtion nach als der Vater des von ihr am 27. Januar 1863 gebornen Kindes anzusehen sei.

Gegen dies Erkenntniß hat die Klägerin mit Zustimmung des Beklagten zu der Wahl des Rechtsmittels hierher supplicirt und sich darüber beschwert, daß erkannt, wie geschehen, und ihr nicht zugleich auch der wesentliche Inhalt des im zweiten Theil ihrer Klagschrift aufgestellten Klagfundaments alternativ zum Beweise verstellt worden sei.

Nach eingezogenen Erklärung des Supplicaten steht zur Frage, ob diese Beschwerde gegründet ist.

In Erwägung nun, daß zwar in den von der Klägerin behaupteten Aeußerungen des Beklagten gegen

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die am 27. Januar 1863 von einem Kinde entbundene Klägerin behauptet, von dem Beklagten geschwängert zu sein und namentlich im April v. J. mit ihm sich fleischlich vermischt zu haben;

in Erwägung, daß Beklagter die Schwängerung in Abrede stellt, die Klägerin dieselbe daher zu erweisen hat;

in Erwägung, daß Klägerin ferner behauptet, Beklagter habe die Vaterschaft anerkannt, indem er sie, nachdem sie ihn auf sein Befragen von ihrem schwangeren Zustande in Kenntniß gesetzt, ersucht habe, nichts davon zu sagen; er habe ihr dann erklärt, er werde desungeachtet bezahlen, habe ihr zur Ernährung des Kindes jährlich 20 ℔ Cour. bis das Kind 10 Jahre alt geworden, auch 10 ℔ Cour. zum Wochenbett zugesichert, sie zugleich für den Fall, daß es im Kirchenbuche bemerkt werde, daß er Vater zu dem Kinde sei, damit bedrohend, daß sie dann keinen Schilling bekommen werde. Die Klägerin habe nicht „nein", nicht „ja" dazu gesagt, sondern geweint, bis der Beklagte mit den Worten fortgegangen sei: „Ich will gehen, sonst könnte es leicht Jemand sehen";

in Erwägung, daß aus diesen behaupteten von dem Beklagten in Abrede gestellten Angaben zwar indirect und bedingungsweise eine Anerkennung der Vaterschaft gefolgert werden kann, daß aber eine bestimmte Anerkennung der Vaterschaft und der daraus hervorgehenden Ernährungspflicht nicht behauptet ist und daß daher die angeführten Thatsachen zur alternativen Begründung der Klage nicht genügend erscheinen.

Digitized by Google

sie eine stillschweigende Anerkennung seiner Vaterschaft zu ihrem Kinde enthalten ist, für die Entscheidung der vorliegenden Sache aber zur Frage steht, ob diese Anerkennung nur als Beweismoment für den der Klägerin bereits zuerkannten Beweis oder auch als ein selbstständiger Verpflichtungsgrund, der daher ein eigenes Klagfundament würde abgeben können, in Betracht zu ziehen ist;

in Erwägung, daß, wenn die Anerkennung als Klagfundament gelten soll, der Beklagte sich durch dieselbe zu einer Leistung an die Klägerin verpflichtet haben muß;

in Erwägung, daß dies nach der Darstellung der Klage allerdings geschehen ist, zugleich aber aus derselben hervorgeht, daß einestheils der Beklagte seine Leistung an die nicht eingetretene Bedingung, daß er nicht als Vater angegeben werde, geknüpft und anderntheils die Klägerin sein Versprechen nicht acceptirt hat;

in Erwägung, daß demzufolge der Beklagte aus dem angeblichen Versprechen nicht zur Leistung der Prästationen, auf welche dasselbe nach Darstellung der Klage gerichtet gewesen, würde verurtheilt werden können, andererseits aber es unzulässig ist, in der behaupteten Anerkennung der Vaterschaft durch den Beklagten die Uebernahme einer seinerseitigen besondern Verpflichtung zur Leistung der gesetzlichen Prästationen des außerehelichen Schwängerers zu erbitten, eben weil dasa ngeblich von ihm gegebene Versprechen nicht auf diese zum Theil weiter gehenden Prästationen gerichtet gewesen ist;

in Erwägung, daß also in den Angaben der Klägerin nichts weiter vorliegt, als die Behauptung eines außergerichtlichen Geständnisses des Beklagten, an welches ein nicht perfect gewordenes Zahlungsversprechen geknüpft gewesen ist und das judicium a quo demnach mit Recht von der Erkennung eines desfälligen Beweises abgesehen hat;

wird der Supplicantin auf ihre sub præs. den 26. October v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, dieselbe auch schuldig erkannt, dem Supplicaten die mit 10 ℔ R.-M. passirenden Kosten seiner Gegenerklärung, sobald sie dazu des Vermögens, zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 10. März 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

28. Stück. — Den 11. Juli 1864.

Entscheidungen.

Umwandlung von Hofdiensten, die auf der Leibeigenschaft beruhten, in eine Geldprästation; ob selbige als Reallast zu betrachten.

(Fortsetzung.)

Das Justitiariat hat darauf erkannt: *)

*) Die Entscheidungsgründe des Justitiariats lauten unter Weglassung des Actenextracts:

Die zu erwägenden Fragen würden demgemäß sein:

Sind die processhindernd vorgeschützten Einreden rechtlich begründet?

Ist die angestellte confessorische Klage auf Anerkennung des Rechts einer Reallast auf der Bödnerstelle des Justificaten begründet, und

ob und in wie weit wird diese Klage durch die eingewandten peremtorischen Einreden elidirt.

Was zunächst die Einrede der mangelnden Activlegitimation zum Processe betrifft, so ist diese rechtlich nicht begründet. Seit dem Uebergange nämlich der ältern und jüngern Fideicommißgüter an die jüngere Holstein-Gottorpische Linie hat der Fideicommißbesitzer, zuerst durch die Fürstliche Rentekammer, demnächst durch die Fideicommißadministration, jetzt Güteradministration als öffentliche Behörde, sich in allen diese Güter betreffenden Angelegenheiten vertreten lassen und gerichtsnotorisch ist dieselbe bisher von allen höheren Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Landes als solche anerkannt, aus welcher amtlichen Qualification sich auch die Legitimation in allen diese Güter betreffenden Rechtsstreitigkeiten ergiebt, und hieraus wieder Könnte und würde Justificant binnen Ordnungsfrist, Eide und Gegenbeweis vorbehalten, rechtlicher Art nach darthun und erweisen, daß die

das unbeschränkte Recht zur Bevollmächtigung eines in hiesigen Landen domicilirten Anwaltes.

vergl. J. F. Börm, statistische Nachrichten über die Herzoglich Schleswig-Holsteinischen Fideicommißgüter, § 60.

Was die fernere Einrede des unrichtig gewählten Processverfahrens betrifft, so erscheint diese eben so wenig rechtlich begründet, indem die prostirten Ansprüche auf rückständige Dienstgelder, welche zur speciellen Justification verwiesen, theils an sich diejenige Summe übersteigen, welche gesetzlich an das summarische Verfahren gebunden ist, theils auch das Recht auf dieselben begreifen, welches in seiner behaupteten Eigenschaft als Reallast und in seiner rechtlichen Begründung, selbst nach dem Gesetze vom 17. Juli 1805 § 58, in gewöhnlichem rechtlichen Verfahren zu verhandeln ist, da hier es sich nicht um streitige persönliche Leibeigenschaftsverhältnisse, sondern um das Recht auf bestimmte, gemessene Hofdienste oder dafür vereinbarte Dienstgelder gegen den Besitzer eines Grundstücks handelt und es bei der confessorischen Klage sich sowohl um Anerkennung des Rechts auf eine Reallast überhaupt, als um Beitreibung mehrjähriger nicht bezahlter Prästationen fragt, welches erstere vertragsmäßig constituirt und rechtlich in ein jährliches Dienstgeld in gleicher Eigenschaft verwandelt sein soll.

Was endlich die Einrede der unstatthaften und unbegründeten Klage betrifft, welche, wenn sie rechtlich Beachtung hier verdienen soll, sofort liquide sein muß,

Schlesw.-Holst. Anzeigen, 1844, Nr. 14, und 1851, Nr. 20,

Digitized by Google

dauernde Verpflichtung zu 48 Hoftagen gegen Grundeigenthumsbenutzungsrechte durch rechtsgültigen Contract vor dem Jahre 1805 als Reallast auf der Bödnerstelle des Justificaten ausbedungen und dann, daß die Verwandlung dieser Reallast in ein einfaches jährliches festes

so sind die dafür vorgebrachten Rechtsgründe nicht der Art, daß sie als proceßhindernd ohne Weiteres erkannt werden könnten, indem die begründeten Thatsachen eine alternative rechtliche Auffassung aus der Leibeigenschaft oder aus einer frei vereinbarten Reallast zulassen. Dem beanspruchten Rechte auf ein jährliches Dienstgeld gegen Benutzung eines eingeräumten Grundstücks ist eine behauptete Vereinbarung als Grundlage gegeben, dessen temporaire Eigenschaft durch außerordentliche Verjährung fortdauernd gemacht, solches auch gleich der Hofdienstpflicht als Reallast der Bödnerstelle des Justificaten behauptlich bereits vor der Gesetzgebung von 1804 auferlegt sein soll. Da Frohndienste rechtlich aber sowohl aus der Leibeigenschaft hergeleitet, als auch als freie Reallast vertragsmäßig begründet werden konnen, indem auch die Leibeigenschaft ein Rechtsverhältniß war, in welchem gegen vergönnten Nießbrauch eines gewissen zum Gute gehörigen Grundstücks Untergehörige für sich und ihre Nachkommen bestimmte Dienste leisteten, die Gesetzgebung von 1804 sich aber nur auf die aus der Leibeigenschaft hergeleiteten Dienste bezieht, erworbene Realrechte aber von diesem Gesetze nicht berührt werden, so ist jene proceßhindernde Einrede in ihrer Begründung für liquide nicht zu erkennen, in dieser Beziehung ihr daher die Kraft derselben rechtlich nicht zuzusprechen, und zwar um so weniger, als die Frage, ob ein Aequivalent für aufgehobene Dienste gefordert werden kann und ob zu diesen, nach Weigerung des Dienstgeldes, recurrirt werden könne, je nach ihrem rechtlichen Entstehungsgrunde eine verschiedene Beantwortung zuläßt, daher illiquide ist.

Da aber Justificat diese proceßhindernde Einrede als peremtorische wiederholt und begründet hat, so wird es im Wesentlichen auf die rechtliche Begründung des Anspruchs des Justificanten ankommen, ob und in wie weit dieser fundirt erscheint und daher die rechtliche Begründung des justificantischen Anspruchs mit der rechtlichen Würdigung jener peremtorischen Einrede Hand in Hand gehen.

In rechtlicher Erwägung nun, daß die Landesgesetzgebung unbedingt zwar alle auf der Leibeigenschaft beruhenden in derselben ihr Fundament suchenden Hofdienste oder Frohnen, zu denen die Gutsuntergehörigen selbst gegen den ihnen eingeräumten Nießbrauch eines Grundstücks verpflichtet waren, aufgehoben und diese Aufhebung, ohne willkürliche Verletzung wohlerworbener Rechte, an eine contractliche Uebernahme oder rechtliche Ablösung und Entschädigung in bestimmter Frist einmal für allemal bedingt, auch für diese Dienste in Zukunft jeden andern Erwerbstitel ausgeschlossen hat; die rechtliche Präsumtion demnach zur Zeit, wenn weder auf die eine oder die andere Weise dem Gesetze genügt ist, gegen die Verpflichtung zu Hofdiensten und gegen sonstige nicht contractliche rechtliche Erwerbstitel redet, so hat dieselbe dennoch, mit Rücksicht auf die auf rechtlichem Wege fundirten Reallasten, rechtsgültige frühere Verträge über bestimmte Dienste in Kraft erhalten nach den unzweifelhaften Worten des Gesetzes vom 14. Decbr. 1804 § 26:

> Alle sonst bestehenden, auch auf bestimmte Dienste gerichtete bisherige Contracte zwischen Gutsherrn und Untergehörigen bleiben, insofern sie an sich rechtsgültig sind, in ihrer vollen Kraft,
>
> cfr. Gesetz vom 17. Juli 1805 § 7.

Da nun die Hofdienste des jedesmaligen Besitzers eines Grundstücks deutsch-rechtlich als Frohnen sowohl aus der Leibeigenschaft als aus freier Vereinbarung über den Besitz eines Grundstücks mit dem Gutsherrn hervorgehen können, die ersteren aber, wie bemerkt, nur ausschließlich durch die Landesgesetze mit der ausdrücklichen Beschränkung der contractlichen Festsetzung aufgehoben sind, so können die gesetzlichen Bestimmungen hierüber auf die vereinbarten mit Einräumung von Grundbesitz verbundenen und als solche fundirten Reallasten, welche auch dem Anspruch des Justificanten zum Grunde gelegt sind, sich nicht beziehen, und wenn auch die Frohnen der adel. Güter in hiesigen Landen größtentheils in den früheren Leibeigenschaftsverhältnissen ihren rechtlichen Grund haben und mit dem Wegfall der ersteren stillschweigend als Reallast gesetzlich nicht bleiben konnten, so wird der Erweis derselben als contractlich erworbene Reallast selbst nach dem Gesetze nicht ausgeschlossen werden können, da nun aber Justificant eine solche freie contractliche Fundirung der Hofdienste als Reallast behauptet, ohne jedoch die rechtsgültige contractliche Urkunde vorgeführt zu haben, indem einseitige Hausbriefe von Seiten der Gutsherrschaft, ohne freie Uebernahme der Pflichten von Seiten der Untergehörigen, auch aus der Leibeigenschaft hervorgehen konnten, ohne den vollkommenen Beweis des

Digitized by Google

Dienſtgeld von 6 ₰ Cour. vereinbart und dieſes während eines Zeitraums von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen ununterbrochen von der verpflichteten Bödnerſtelle geleiſtet iſt, ſo würde auf dieſen geführten oder nicht geführten Beweis, vorbehältlich der richterlichen Entſcheidung über die

Entſtehungsgrundes der Reallaſt aus dem Grundeigenthum des Gutsherrn und Verleihung eines Theils deſſelben gegen ausbedungene Vergeltung von Hofdienſten zu liefern, welcher Beweis demnach rechtlich dem Juſtificanten freigelaſſen werden muß;

in rechtlicher Erwägung daher, daß ehe und bevor die rechtliche Verwandlung des juſtificantiſchen Anſpruchs auf beſtimmte Hofdienſte in vereinbarte feſte Dienſtgelder näher erwogen wird, der Entſtehungsgrund der behaupteten urſprünglichen 48tägigen Hoftagspflicht von dem Juſtificanten als fortdauernde Leiſtung dem Vorbeſitzer der juſtificatiſchen Bödnerſtelle vertragsmäßig zur Pflicht gemacht und als Reallaſt dieſem Grundſtücke auferlegt, erwieſen ſein muß, und erſt inſofern dieſer Beweis geliefert, auch jetzt noch eine obligatoriſche Reallaſt begründet ſein würde, welches Recht an dem Grundbeſitze dann der Verjährung, mit Ausnahme der unvordenklichen und qualificirten, nicht unterworfen iſt, ſondern nur die jährlichen Leiſtungen;

in Erwägung ferner, daß das in Anſpruch genommene urſprüngliche Recht auf 48 Hofdienſttage von der Bödnerſtelle des Juſtificaten aus dem Erdbuche, welches nur 18 Dienſttage erwähnt, wenn gleich ſolches als öffentliche Urkunde vollen Beweis liefert, dennoch auch rückſichtlich jener eine conſtituirte Reallaſt nicht begründen kann, da dieſelbe ganz darüber ſchweigt, ob jene Dienſte aus der Leibeigenſchaft herrühren oder durch freie Vereinbarung für die eingeräumte Grundſtücksbenutzung reell conſtituirt ſind, die einſeitigen von der Gutsverwaltung aufgemachten Hebungsregiſter als einſeitige Privaturkunden aber, worin die Hofdienſte in dem behaupteten Umfange aufgeführt ſind, rechtlich für die behauptete vereinbarte Reallaſt, da ſie in dieſer Eigenſchaft abgeleugnet, nichts beweiſen können,

v. Bülow und Hagemann, practiſche Erörterungen, Th. 1 Nr. 14; Th. 5 pag. 193 Nr. 38;

L. 4 § 1 Digest. de edendo;

was dagegen die rechtliche Begründung derſelben durch den Hausbrief vom Jahre 1793 betrifft, auch aus dieſem, da derſelbe einſeitig von der Gutsherrſchaft ertheilt iſt und da er ebenfalls über die Natur des Rechts auf jene Hofdienſte als Reallaſt nichts ſagt, das beanſpruchte Recht ohne Vorlage der vorausgegangenen Verhandlungen und Vereinbarungen der Beweis einer rechtlich conſtituirten Reallaſt nicht hat hergeleitet werden können;

in Erwägung dann, daß auch die vor dem Jahre 1804 ſtattgehabte und behauptete Vereinbarung, durch welche die bisherigen contractlichen Naturalhofdienſte in ein feſtes jährliches Dienſtgeld verwandelt ſein ſollen, nicht vorliegt, über deren rechtlichen Character, ob dieſelbe die Laſt als fortdauernde Reallaſt hat feſtſetzen wollen oder ob dieſelben aus der zu der Zeit noch beſtehenden Leibeigenſchaft hervorgegangen, demnach zur Zeit nicht mit rechtlicher Gewißheit entſchieden werden kann, wird es daher zunächſt auf den rechtlichen Beweis der behaupteten contractlichen Begründung in rechtsgültiger Form ankommen, wodurch die ſtreitigen 48 Hofdienſttage als Reallaſt des Grundſtücks gegen beſtimmte Gegenleiſtungen anerkannt und dadurch der ſpäteren Geſetzgebung als ſolche entzogen ſind;

in Erwägung ferner aber, wenn von dem Juſtificanten dieſer rechtliche Beweis geführt und dadurch das Leibeigenſchaftsverhältniß als Entſtehungsgrund jener Laſt ausgeſchloſſen und die Nichtanwendbarkeit des Geſetzes von 1804 auf dieſe Hofdienſte rechtlich dargethan iſt, wird rechtlich die Umwandlung derſelben in ein feſtes jährliches Dienſtgeld auch durch eine qualificirte Verjährung bewieſen und begründet werden können und müſſen, indem die Verwandlung einer rechtlich begründeten Reallaſt aus Aufhebung und Erwerbung zuſammengeſetzt iſt, daher auch dieſelben Grundſätze bei derſelben Platz greifen, welche bei dieſen gelten, und demnach die urſprünglichen Dienſte durch außerordentliche Verjährung aufgehoben und ein neues Surrogat, Dienſtgeld, auf gleiche Weiſe erworben wird, die qualificirte hier Sächſiſche Verjährung aber hinreicht, die temporair vereinbarte Abgabe in eine perpetuelle zu wandeln,

v. Bülow und Hagemann, practiſche Erörterungen, Th. 3 Nr. 34,

Fr. Runde, Deutſches Privatrecht, § 501;

in Erwägung aber, daß von dem Juſtificaten die Anwendung der Verjährung überhaupt in concreto und insbeſondere auch der Länge der Zeit nach geleugnet iſt, die freie Vereinbarung über die Verwandlung der als Reallaſt haftenden Hofdienſte in Dienſtgeld aber eingeräumtermaaßen urſprünglich nur eine temporaire geweſen iſt, demnach um den Rechtsgrund der profitirten Forderung rückſtändiger

Digitized by Google

rechtlich begründete Einrede der Pluspetition, weiter ergehen, was den Rechten gemäß, unter Aussetzung des Kostenpunktes.

Dienstgelder für den Berechtigten nachzuweisen, der Grundstückbesitzer wenigstens 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage lang dieselben geleistet haben müsse, auf welchen rechtlichen Beweis es jedoch überall nicht ankommen kann, wenn die ursprünglichen Hofdienste allein in der Leibeigenschaft ihren rechtlichen Entstehungsgrund hätten, der erste Hauptbeweis also wie Rechtens nicht geführt wäre; würde aber jener Beweis nicht und nur dieser letztere geführt, so würden zwar die Hofdienste wieder in Zukunft auf der Bödnerstelle als Reallast ruhen, ein Anspruch auf Entschädigung für nicht geleistete Hofdienste aber nicht begründet sein, da gesetzlich alle Hofdienste, die in einem Jahre nicht geleistet, in einem andern nicht nachgefordert werden können, damit aber auch die Entschädigungspflicht wegfallen würde;

in rechtlicher Erwägung dann, was die eventuelle peremtorische Einrede des Verzichts betrifft, diese durch die Nichtaufnahme des Dienstgeldes als Rückstand in das Quittungsbuch des Justificaten rechtlich nicht begründet werden kann, theils weil zu diesem Zweck dieselben nicht bestimmt worden, theils weil auch die Privathebungsbehörde durch unterlassene Anführungen im Quittungsbuche die Gutsherrschaft nicht verpflichten kann, eine Verzichtleistung derselben daher auf ein wirklich begründetes Recht weder darin gefunden noch rechtlich daraus gefolgert werden kann;

in rechtlicher Erwägung aber, was die eventuelle Einrede der Pluspetition betrifft, diese zwar rechtlich begründet erscheint, indem, selbst wenn die behauptete Reallast auf Dienstgelder in dieser Eigenschaft erwiesen wäre, nach ihrer doppelten Natur als Recht auf die Last in complexu und auf die einzelnen nur den Besitzer des Grundstücks treffenden Leistungen, welche aus jenem fließen, der jedesmalige Besitzer des pflichtigen Grundstücks nur für die ihm obliegenden fälligen jährlichen Leistungen haftet, nicht für die Rückstände seines Vorgängers, insofern nicht ein besonderer Rechtsgrund vorhanden, indem rechtlich, da das Fundament der jährlichen Prästationen für jeden einzelnen Besitzer der Besitz ist, nur die ganze Last auf den Besitznachfolger übergeht, nicht aber die einzelnen Leistungen nach Analogie der

L. 7 pr. Cod. de Censibus und

L. 1 in fine Cod. de fund. rei pr. XI, 65,

und in Uebereinstimmung mit den Deutschen Rechtslehrern,

Gegen dieses Erkenntniß hat der Justificant appellirt und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß, wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr dem Hauptantrage gemäß die professa sub passu II, 2 et 3 für justificirt erachtet und Appellat schuldig erkannt worden ist, die angemeldeten Dienstgeldrückstände von der verkauften Bödnerstelle mit 120 ℛ zu berichtigen und die Anmeldungskosten zu erstatten;
2) event. daß ihm in qual. qua nicht zum Beweise verstellt worden, daß das im Jahre 1801 von der Gutsherrschaft von Sebent den Bödnern in Damlos auf deren Antrag für die nächsten 10 Jahre auferlegte jährliche Dienstgeld von 6 ß vorm. Cour. für jeden ihnen zu leisten obliegenden Hoftag von der Gutsherrschaft auch nach Ablauf der 10 Jahre stets eingefordert und von den Besitzern der früheren Kleinbödnerstelle des Appellaten über 31 Jahre 6 Wochen und 3 Tage als ihnen obliegendes herrschaftliches Prästandum jährlich mit 6 ℛ Cour. an die gutsherrliche Kasse eingezahlt worden ist;
3) event. daß ihm nicht zu beweisen auferlegt wor-

A. Mittermaier, Deutsches Privatrecht, § 153,

Fr. Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, § 166,

C. Paulsen, Lehrbuch des Schlesw.-Holst. Privatrechts, § 70,

Ch. Esmarch, bürgerliches Recht, § 64,

Justificat auch beim Michaelistermin 1861 nicht mehr im Besitz gewesen ist, der Erbvergleich aber vom Jahre 1856 denselben theils nicht gegen die Gutsherrschaft in fraglicher Beziehung verpflichten konnte, auch nur eine rechtliche Abfindung für eine etwanige noch vorhandene Hofdienstpflicht begreift;

in Erwägung indeß endlich, daß die Einrede der Pluspetition rücksichtlich der Größe der gemachten Forderung, insofern sie begründet, den klagend erhobenen Anspruch an sich nicht als unbegründet darlegen kann, sondern nur die richterliche Thätigkeit in der näheren Bestimmung beansprucht, wird selbige erst ihre Betrachtnahme und Erledigung finden, wenn über die wesentliche peremtorische Einrede des Begründung des erhobenen Rechtsanspruchs überhaupt definitiv entschieden werden kann,

Francke, Schlesw.-Holst. Civilproceß, § 125.

Digitized by Google

den, daß die von der jetzt verkauften Bödnerstelle des Appellaten früher geleisteten 48 Hoftage im Jahre 1801 durch eine Vereinbarung der Gutsherrschaft von Sebent mit sämmtlichen Bödnern des Dorfes Damlos für die nächsten 10 Jahre in ein jährliches Dienstgeld von 6 ß für jeden Hoftag umgewandelt worden sind; daß diese Vereinbarung aber auch nach Ablauf der 10 Jahre von beiden Theilen aufrecht erhalten worden ist und die Besitzer der appellatischen Bödnerstelle das gedachte jährliche Geldäquivalent, von 6 ℔ Cour. über die Verjährungsfrist hinaus an die gutsherrliche Kasse entrichtet haben, oder wie sonst der Beweis, daß Gutsherrschaft und Bödner von 1803 bis 1847 das entrichtete jährliche Dienstgeld von 6 ℔ Cour. als das rechtlich festgesetzte Aequivalent für die früher von der Prüß'schen Bödnerstelle geleisteten 48 Hoftage angesehen haben, den Acten nach zu fassen sein dürfte;

4) in omnem eventum, daß hinsichtlich des eventuellen Antrags jede Entschädigung für die nicht geleisteten Hofdienste aberkannt und nicht vielmehr dem Appellanten in qual. qua der Beweis nachgelassen worden, daß sämmtliche Bödner in Damlos s. Z. sich gegen die Gutsherrschaft von Sebent erboten haben, für den Erlaß der jährlichen Hofdienste ein jährliches Dienstgeld von 6 ß für jeden Hoftag an dieselbe zu entrichten, wenn jedem von ihnen statt des zur Ausübung ihrer resp. Weidebefugnisse bestimmten gemeinschaftlichen Weidelandes ein besonderes Stück Land zur beliebigen Benutzung eigenthümlich eingethan werde; daß in Folge dieses Anerbietens die genannte Gutsherrschaft dem Besitzer der vormals Prüß'schen Kleinbödnerstelle seit Maitag 1803 nicht allein die von derselben zu leistenden jährlichen 48 Hoftage erlassen, sondern auch die den früheren Weideberechtigungen entsprechenden 2 Tonnen Land zur beliebigen Benutzung abgesondert überwiesen und bis zur Stunde bei der in Rede stehenden Bödnerstelle gelassen habe; daß endlich die Stellbesitzer die von ihnen offerirte von der Gutsherrschaft anfangs nur für die nächsten 10 Jahre angenommene Geldvergütung von jährlich 6 ℔ Cour. von 1803 bis 1847 incl. ununterbrochen als eine ihnen rechtlich obliegende Leistung an die dieselbe einfordernde Gutsherrschaft berichtigt, seit 1848 aber ohne allen Grund verweigert haben.

Nach verhandelter Sache steht zur Frage, ob diese Beschwerden für begründet zu erachten sind.

In Erwägung nun, daß die im Jahre 1798 abseiten der Gutsherrschaft begonnenen Verhandlungen mit den Bödnern in Damlos wegen Umwandlung der bisher von Letzteren geleisteten Hofdienste nach der eigenen Darstellung des Justificanten nicht den Erfolg gehabt haben können, daß die unter dem Namen Dienstgeld später von den Bödnern geleistete jährliche Geldzahlung als Reallast contractlich constituirt worden ist, weil, wenn auch das Anerbieten der Bödener in der Absicht gemacht sein mag, für den Fall der Gewährung ihrer sonstigen Forderungen eine solche Reallast ihren Grundstücken aufzulegen, doch nach der eigenen Darstellung des Justificanten weder die von den Bödenern erhobenen Gegenansprüche erfüllt sind, worauf um so mehr Gewicht zu legen ist, weil bei der damals noch bestehenden Leibeigenschaft ein Verzicht auf diese Gegenansprüche in dem späteren Stillschweigen der Bödener nicht gefunden werden kann, noch auch das bedingungsweise offerirte Dienstgeld von der Gutsherrschaft als eine ein für alle Mal feststehende Umwandlung der bisherigen Hofdienste, sondern ausdrücklich nur als Vergünstigung für die nächsten 10 Jahre angenommen worden ist;

in Erwägung, daß die stillschweigende Leistung dieser Geldzahlung während eines längeren Zeitraums auch nach Ablauf der ursprünglich bestimmten 10 Jahre nur eine stillschweigende Verlängerung dieses Vergleichs von Jahr zu Jahr ist, nicht aber geeignet ist, das ursprünglich zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß seinem Wesen nach zu verändern, so daß, wenn auch an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere getreten und durch Verjährung fixirt sein kann, es sich doch bei der Frage, ob diese neue Leistung als Reallast zu betrachten ist, immer darum handeln wird, ob die ursprüngliche Leistung, für welche die neue nur ein Aequivalent ist, eine Reallast gewesen ist oder nicht;

in Erwägung, daß Justificant allerdings die Be-

Digitized by Google

hauptung aufgestellt hat, daß die von den Vorbesitzern des Justificaten geleisteten 48 Hofdiensttage eine Reallast seiner Stelle seien, daß aber diese Behauptung durch die angeführten Thatumstände nicht genügend begründet wird; da nämlich in dem Gute Sebent der Zeit die Bödener leibeigen waren, so wird aus der mit einer neuen Regulirung der Hofdienste gleichzeitigen Veränderung in dem Landbesitze und der Weidebefugnisse der Bödener nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden können, daß in solchem Falle durch einen zwischen der Gutsherrschaft und den Gutsuntergehörigen abgeschlossenen Contract die Hofdienste dem Lande als Reallast auferlegt sind; es liegt vielmehr bei dem Bestehen der Leibeigenschaft schon an sich die Annahme eben so nahe, daß das ganze Verhältniß nur durch eine einseitige Willenserklärung neu regulirt ist. Die durch eine solche Willenserklärung der Gutsherrschaft regulirten Dienste werden aber auch dann als auf der Leibeigenschaft beruhend und daher durch die Gesetze vom 17. December 1804 und 17. Juli 1805 aufgehoben zu betrachten sein, wenn dieselbe mit dem Landbesitze der Gutsuntergehörigen verbunden worden. Zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs hätte daher der Abschluß eines Contracts ausdrücklich behauptet werden müssen. Es ist nun aber nicht nur dies nicht geschehen, sondern die Darstellung des Justificanten läßt kaum eine andere Deutung zu, als die der einseitigen Regulirung abseiten der Gutsherrschaft, wie denn auch Justificant selbst in seiner Deduction sagt, die in der Geschichtserzählung geltend gemachten Thatumstände ergäben, daß bei Gelegenheit der Einkoppelung der Dorfsfelder in Damlos im Jahre 1781 dem leibeigenen Vorbesitzer der justificatischen Stelle Ämus Prüß gegen Gewährung dinglicher Berechtigungen 48 jährliche Hoftage von der Gutsherrschaft auferlegt worden sind und daß dessen Sohn und Besitznachfolger durch den gutsherrlichen Hausbrief vom 16. September 1793 zu 48 jährlichen Hoftagen von seiner Stelle verpflichtet worden ist. Die verschiedenen Vergleiche unter den Erben verstorbener Besitzer der fraglichen Stelle kommen, abgesehen davon, daß sie ihrem Inhalte nach über die Natur der früheren Hofdienste keinen Aufschluß geben, um deswillen nicht in Betracht, weil durch diese nur zwischen den Erben abgeschlossenen Vergleiche der Gutsherrschaft gegenüber der rechtliche Verpflichtungsgrund für die von dem Stellbesitzer zu leistenden Hofdienste nicht geändert werden konnte;

in Erwägung, daß somit der erhobene Anspruch nicht genügend begründet und daher das angefochtene Erkenntniß für den Justificanten noch zu günstig ist;

wird auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten so wie nach stattgehabter mündlicher Verhandlung von Obergerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

daß die erhobenen Appellationsbeschwerden zu verwerfen, das angefochtene Erkenntniß daher zu bestätigen und Justificant schuldig ist, dem Justificaten die Kosten dieser Instanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, innerhalb Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 16. April 1863.

Da das Streitobject in dem vorstehenden Falle einen weiteren Recurs nicht zuließ und der auferlegte Beweis von der Gutsherrschaft nicht erbracht werden konnte, hat dieselbe den Rechtsstreit aufgegeben und ihre Angabe in dem Professionsprotocolle deliren lassen. Sie hat sich indessen nachträglich an die Juristenfacultät in Kiel mit der Bitte um Begutachtung der bei diesem Rechtsfall in Aurege gekommenen Fragen gewandt und das von der Facultät abgegebene Gutachten ist von ihrem Anwalt, dem Herrn Advocaten Meyersahm in Oldenburg, mit dem ausgesprochenen Wunsch der Veröffentlichung desselben der Redaction der Anzeigen zugestellt worden, welche diesem Wunsche gerne entspricht, da es von Interesse sein wird, eine von so competenter Seite ausgehende anderweitige Beurtheilung des fraglichen Rechtsfalles kennen zu lernen. Das Rechtsgutachten lautet:

Rechtsgutachten.

Die großherzoglich Oldenburgische Güteradministration als Vertreterin des Fideicommißguts Sebent hatte zu dem Realproclam über die von J. C. Prüß in Damlos verkaufte Bödnerstelle mehre Ansprüche profitirt, insbesondere auf gewisse jährlich zu entrichtende Dienstgelder und deren Rückstände, so wie eventuell auf 48 künftig alljährlich zu leistende Hofdiensttage.

Digitized by Google

In dem provocirten Justificationsprocesse waren in zwei Instanzen ihr ungünstig erscheinende Beweisinterlocute ergangen, die sie bewogen, den in gegenwärtigen Acten vorliegenden Anspruch aufzugeben. Da sie aber noch gegen andere Bödnerstellen gleiche Anforderungen geltend zu machen gedenkt, fordert sie über den bereits erledigten Fall ein Rechtsgutachten des Spruchcollegs ein.

Bei dieser Sachlage ist es nicht angezeigt, den Standpunkt des erkennenden Richters einzunehmen, vielmehr erscheint eine freiere Behandlung des Falles angemessen und da derselbe fast ein Jahrhundert durchläuft, wird es zweckmäßig sein, die rechtliche Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse mit Unterscheidung gewisser Zeitabschnitte eintreten zu lassen.

I.

Das Großherzogl. Oldenburgische Fideicommißgut Sebent war im vorigen Jahrhundert ein landesherrliches Domanialgut, in welchem die Leibeigenschaft herrschte und die Gutsherrschaft alleinige Grundeigenthümerin war. Doch waren die Hofdienste der Leibeigenen durch das Reglement vom 22. Aug. 1739 in bestimmter Weise geregelt und feste dingliche Nutzungsrechte bestanden, deren Inhaber Groß- und Kleinbödner genannt wurden. Zu diesem Gute gehörte das Dorf Damlos.

Unter den leibeigenen Kleinbödnern von Damlos befand sich der Urgroßvater des Beklagten, Namens Prüß. Er besaß eine Kathe mit dazu gehörigem Kohlhof unter der Verpflichtung zu 1 ℔ herrschaftlichen Gefällen und zu 18 Hoftagen — abgesehen von Communallasten und Jagddiensten. Im Jahre 1781 fand im Gute Sebent die Einkoppelung der Dorfsfelder statt. Hierbei wurde eine neue Regulirung der bäuerlichen Besitzstellen vorgenommen, indem alle Betroffenen, auch wenn sie bisher kein Land, sondern etwa nur einen Kohlhof besaßen, auf gleichen Fuß gesetzt wurden. Die Großbödner erhielten 300 □Ruthen und größere Weideberechtigung gegen 2 ℔ Grundhäuer und 96 Hoftage. Jeder Kleinbödner dagegen erhielt mindestens 180 □Ruthen Land nebst Weideberechtigung für gewisses Vieh gegen 1 ℔ Grundhäuer und 48 Hoftage.

Letzteres geschah auch dem genannten Prüß, der bisher nur einen Kohlhof von 44 □Ruthen besessen hatte.

Nach dem Tode des bisherigen Inhabers übernahm der Großvater des Beklagten, des Vorigen Sohn, durch einen Vergleich mit den übrigen Erben von 1793 die Kleinbödnerstelle. Dieser Erbvergleich wurde von der Obrigkeit bestätigt und zugleich auf Ansuchen des Uebernehmers ein Hausbrief ausgestellt. Darin

wird die Stelle dem Prüß von der Gutsherrschaft erb- und eigenthümlich übergeben und obrigkeitlich zugeschrieben,

alles Land und Gerechtsame als Pertinenz der Kathe bezeichnet,

die „Abgiften“ als „von“ der Stelle zu leistende bezeichnet.

Dieser Hausbrief hat die Form eines einseitigen obrigkeitlichen Attestes ohne Mitunterschrift der hierin wie berechtigten so belasteten Partei.

Für die Beurtheilung der bisher angeführten Thatsachen erscheint es dienlich, eine allgemeine Erwägung vorauszuschicken.

Die Leibeigenschaft enthielt ein doppeltes Herrschaftsverhältniß: ein personenrechtliches, welches das Dispositionsrecht über die Kräfte des Unterworfenen zum Zwecke landwirthschaftlichen Betriebes auf dem herrschaftlichen Grundbesitz begründete und ein dingliches, wonach das freie Eigenthum an dem mit Leibeigenen besetzten Lande und die daraus fließenden Rechte dem Herrn zustanden. Diese Herrschaft war allerdings niemals eine unbeschränkte. Vielmehr galt der Satz, daß der Herr gegenüber seinen Leibeigenen an seine eigenen Dispositionen gebunden sei, daß sie den Character autonomischer Normen, auf welche hin wohlerworbene Rechte begründet werden konnten, an sich trugen. Hierauf gründet sich die Hofverfassung, wie sie durch ausdrückliche herrschaftliche Verfügungen, durch das Herkommen und an einzelnen Punkten durch das Eingreifen der allgemeinen Gesetzgebung sich feststellte und zu einer den Leibeigenen eigenthümlichen Rechtssphäre sich ausbildete. Innerhalb derselben aber war der Umfang der Rechte der Leibeigenen durchaus unbestimmt, sie stiegen von gänzlich ungemessenen Diensten zu bestimmten einzelnen Leistungspflichten, sie fielen von erb- und eigenthümlichen Nutzungsrechten bis zu bloßen Wirthschaften „bis auf Weiteres“ — und es ist bekannt, wie gerade in Holstein die Lage der Leibeigenen im Allgemeinen eine höchst gedrückte war, um so mehr, als die gutsherrliche Gerichtsbarkeit und Po-

Digitized by Google

lizei das privatrechtliche Verhältniß mit Elementen des öffentlichen Rechts versetzte. Gerade aber aus diesem Auf- und Absteigen, aus dem schwankenden Umfang erhellt das Princip: die Herrschaft des Herrn über die wirthschaftlichen Kräfte des Leibeigenen und über die Grundfläche reicht so weit, als nicht entgegenstehende Rechte begründet sind.

Setzen wir unter diesem Gesichtspunkte den Fall, daß die Gutsherrschaft Land an Leibeigene gegen Dienstleistungen austhut und betrachten wir den juristischen Character der Entstehung eines solchen Verhältnisses.

Man ist vielfach von der Meinung ausgegangen, daß hier ein gewöhnlicher Contract vorliege. Allein es ist zu behaupten, daß ein solcher Contract im streng juristischen Sinne cessirt. Das Wesen des Contracts setzt nothwendig die gleiche Berechtigung der Parteien in Bezug auf das Vertragsobject voraus, eine gleiche Berechtigung des Versagens. Es verlangt ein durch den beiderseitigen Willen gleichmäßiges Festsetzen und Bestimmen der Vertragspunkte. Ein Herrschaftsverhältniß der einen Partei über die andere bezüglich der relevanten Punkte alterirt nothwendig das Wesen des Contracts. Gerade das findet im vorliegenden Falle statt. Der Leibeigene war der allgemeinen Lage nach, wie sie noch die gemeinschaftliche Verordnung vom 28. September 1771 anerkennt, zu ungemessenen Diensten verpflichtet und hieraus folgt mit Nothwendigkeit, daß er sich auch zur Besetzung bäuerlicher Stellen gegen Dienstleistungen verwenden lassen mußte, ganz abgesehen davon, daß factisch bis zu einer äußersten Grenze die Existenz des Leibeigenen in der Hand des Herrn lag.

Nicht daher den Character des Contracts in seiner regelmäßigen juristischen Bedeutung hatte eine solche Ansiedelung, sondern vielmehr den Character der Verleihung, der einseitigen Disposition. Es ist damit keineswegs gesagt, daß diese Dispositionen die volle unbegrenzte Willkür des Herrn bedeuten, wohl aber das, daß sie die das betreffende Verhältniß bestimmende und regelnde Kraft für sich allein in Anspruch nehmen. Der Leibeigne empfing, nahm an und er war zu dieser Annahme verpflichtet, insofern ihm aus der Hofverfassung im Allgemeinen und durch früher unter ihr wohlerworbene Rechte nicht ein Einspruchsrecht begründet wurde. Aber selbst ein so begründetes Einspruchsrecht hat nicht die Wirkung, eine bestimmende Zustimmung des Leibeigenen zu erfordern, sondern ist Geltendmachen der den an und für sich verbindlichen Dispositionen des Herrn entgegenstehenden Rechte.

In der That, wenn man die historischen Verhältnisse ohne Vorurtheil betrachtet und die urkundlichen Zeugnisse der Verleihungen aus den verschiedensten Zeiten und Länder auf sich wirken läßt, wird man von einem Contracte nur noch sprechen können, wenn man entweder den Begriff desselben bis ins Verschwimmende erweitert oder zu der Annahme von vagen Präsumtionen für die stillschweigende Zustimmung greift. Auch äußert sich der Character der Verleihung keineswegs blos im ersten Momente des Entstehens jener Verhältnisse, er wirkt fort selbst dann, wenn durch die Verleihung dem Leibeigenen feste unentziehbare dingliche Rechte, ja selbst vererbliche erworben waren. Immer blieb es dann Regel, daß bei Veränderungen in herrschender oder dienender Hand eine Bestätigung, Anerkennung seiten des neuen Herrn und für die neuen Erwerber in Formen nothwendig war, die ohne jeden Sinn sein würden, wenn man eine rein obligatorische und nicht eine das Herrschaftsverhältniß ausprägende Entstehungsweise supponirte.

Wir fügen gleich hinzu, wie dieser Character der Entstehung bäuerlicher Rechte auch in dem vorliegenden Falle klar zu Tage tritt, insbesondere bei jener Vergrößerung des Grundbesitzes der Kleinbödner vom Jahre 1781 und in der Ertheilung und der Form der Hausbriefe, wie sie bei neuen Verleihungen und im Erbfalle für das Gut Sebent rechtliches Herkommen waren.

Aber noch ein Punkt ist in diesem Vorgange einer Verleihung, die niemals ohne Gegenleistung geschah, hervorzuheben und zwar unter dem fraglichen Gesichtspunkte, ob und in welcher Weise die dem Leibeigenen zufallende Leistung — hier die Hofdienste — als Reallast constituirt werden konnten.

(Die Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

29. Stück. — Den 18. Juli 1864.

Entscheidungen.

Umwandlung von Hofdiensten, die auf der Leibeigenschaft beruhten, in eine Geldprästation; ob selbige als Reallast zu betrachten.

(Fortsetzung.)

Man mag in dieser Beziehung auf die Autonomie des Herrn zurückgehen, die ihm zweifellos innerhalb der Hofverfassung für die Regelung der bäuerlichen Verhältnisse zustand. Wie nun öffentliche und gemeindliche Leistungen durch Acte der Gesetzgebung oder durch Gemeindestatute als Reallasten qualificirt werden können, so müssen wir auch den autonomischen Beliebungen des Leibherrn, insofern wohlerworbene Rechte nicht entgegenstehen, die Kraft beimessen, die Dienste der Leibeigenen als Reallasten den von ihnen besessenen bäuerlichen Stellen aufzulegen. Vor Anderem ist aber zu behaupten, daß die Verleihung von dinglichen Rechten den Fall und die Form bildet, bei welchen die entsprechenden Gegenleistungen als Reallasten constituirt werden können. Damit stimmen mit wenigen Ausnahmen alle Schriftsteller überein, selbst diejenigen, welche die Möglichkeit eine Reallast durch einfachen Vertrag zu begründen schlechthin leugnen. Die Anerkennung der Entstehung von Reallasten als s. g. reservirter ist die allgemeinste. Diese Entstehung faßt in einem formalen Rechtsacte die Uebertragung des dinglichen Rechts und die Begründung der Gegenleistung als ebenfalls gegen Dritte wirksame zusammen, sie läßt die Erfüllung der Verpflichtung als Bedingung der Ausübung des Rechtes und somit das dingliche und das obligatorische Element als ein homogenes Gesammtverhältniß erscheinen und ist darum in der That diejenige, welche ebenso dem dogmatischen Charaeter der Reallast am meisten entspricht, wie sie historisch den Ausgangspunkt aller privatrechtlichen Reallasten bildet.

Allerdings war ursprünglich diese Entstehungsweise der Reallasten an besondere Formen gebunden, an die nämlichen, welche bei der Uebertragung des dinglichen Rechtes nothwendig waren. Insbesondere bedurfte es in der Hofverfassung der Mitwirkung des mit Hofgenossen besetzten Hofgerichts. Dieses verschwand überall zu Gunsten rein büreaukratischer Regierung der grundherrlichen Obrigkeit. Die alten Formen bei der Uebertragung dinglicher Rechte gingen unter und wurden — etwa mit Ausnahme der Schuld- und Hypothekenprotocolle — durch neue nicht ersetzt. Bei Verleihungen bäuerlicher Stellen blieb es allerdings Herkommen, eine besondere Urkunde darüber auszustellen, wie hier den Hausbrief, aber diese Formalität hatte überall nicht mehr wie früher rechtserzeugende, sondern nur rechtsbezeugende Kraft. Wie also die Verleihung dinglicher Rechte an Leibeigene zu einer formlosen wurde, so ist kein Grund aufzufinden, welcher die kraft des nämlichen Acts geschehene Constituirung von Reallasten an eine besondere Form geknüpft hätte.

Aus diesem Allen folgt ein Doppeltes. Es folgt zunächst, daß derartige einseitige Verleihungsurkunden, wie der Hausbrief ist, theils um jener Dispositionskraft des Herrn bei dieser Entstehungsart des Rechtsverhältnisses, theils um jener Mischung von privatrechtlichen und obrigkeitlich-gerichtlichen Befugnissen willen eine ganz andere Beweiskraft hat, als eine ein-

Digitized by Google

seitige Urkunde über einen Contract unter gleichberechtigten Privaten; daß einem solchen Hausbriefe so lange der Glaube einer öffentlichen Urkunde zu schenken ist, als nicht der Gegenbeweis erbracht wird, daß den darin aufgelegten Pflichten wohlerworbene Rechte entgegenstanden, auf die ein in der Annahme etwa liegender stillschweigender Verzicht nicht geleistet wurde.

Es folgt, daß bei der Frage, ob im concreten Falle die bei der Verleihung ausbedungene Leistungspflicht als bloße, personenrechtliche der Leibeigenschaft unmittelbar entfließende oder aber als Reallast sich qualificirt, das Hauptgewicht auf die Intention des Herrn zu legen sei.

Hiernach erscheint es aber nicht zweifelhaft, daß die hier in Betracht kommenden 48 Hoftage als Reallast constituirt sind.

Dafür spricht, daß die Größe der Dienstpflicht sich nach der Größe des Grundbesitzes richtet. Die Großbödner leisten 96, die Kleinbödner 48 Hoftage. Als dem Prüß der Umfang seines Besitzes von 44 auf 180 []Ruthen erhöht wurde, ist er von 18 auf 48 Hoftage gesteigert worden.

Dafür spricht der Inhalt des Hausbriefes von 1793, welcher die Hoftage als „von" der Kathe zu leistende bezeichnet.

Endlich liegt ein positives Anerkenntniß hierfür in dem Erbvergleiche von 1831, in welchem dem Hinrich Prüß von den Miterben die Kleinbödnerstelle überlassen wird „mit den dabei befindlichen 11 Scheffeln Saatlandes und sonstigen sämmtlichen **Pertinentien**, Rechten und Verbindlichkeiten, wie solche Stelle namentlich dem wailand H. J. Prüß durch Hausbrief vom 13. Septbr. 1793 zugeschrieben ist."

Wenn daher die Frage gestellt ist:

1. gehörten vor 1805 zur Constituirung von Privatrechtsverhältnissen zwischen Gutsbesitzern und untergehörigen Leibeigenen bestimmte Förmlichkeiten? oder genügte zur Rechtsverbindlichkeit, wenn der Gutsbesitzer privatrechtliche Anordnungen traf und der Leibeigene ohne Widerspruch auf dieselben einging, die ihm zugemutheten Leistungen erfüllte und die Gegenleistungen annahm?
2. bedurfte es eines von beiden Seiten vollzogenen Contracts, wenn der Gutsbesitzer als Eigenthümer des ganzen Gutsareals dingliche Nutzungsrechte oder ein dominium utile an einen Untergehörigen gegen Ausbedingung eines jährlichen Canons oder bestimmter jährlicher Dienste überließ? oder genügte zur rechtsverbindlichen Beurkundung der Rechte und Pflichten des Erwerbers der Stelle die einseitige Verleihungs- oder Bestätigungsurkunde des Gutsherrn?
3. war die Eigenschaft des übertragenden Gutsbesitzers als Obereigenthümers genügend, um die von ihm dem Erwerber der Stelle auferlegten Dienste als Reallast der Stelle zu constituiren oder mußte letzteres ausdrücklich festgesetzt werden?

so geht unser Gutachten dahin,

daß es für die Begründung von Rechtsverhältnissen zwischen Gutsherrn und Leibeigenen vor 1805 besonderer Förmlichkeiten nicht bedurfte;

daß die einseitige Verleihung des Herrn, falls eine Berufung auf entgegenstehende wohlerworbene Rechte nicht statthatte, dem Leibeigenen dingliche Rechte verschaffen, wie Reallasten auflegen konnte;

daß zur rechtsverbindlichen Beurkundung der Rechte und Pflichten des leibeigenen Erwerbers einer Stelle ein beiderseitig vollzogener Contract nicht erforderlich ist, sondern der einseitig ausgestellte Hausbrief, den Gegenbeweis noch geltend zu machender entgegenstehender Rechte vorbehalten, genügt;

daß bei der Frage nach der Qualität zu leistender Dienste als personenrechtlicher oder als Reallasten die ausdrücklich ausgesprochene oder auch nur concludente Absicht des verleihenden Gutsherrn entscheidet.

II.

1798 wurde in den Oldenburgischen Fideicommißgütern eine Commission zur Aufhebung der Leibeigenschaft, Niederlegung der Naturalhofdienste, Einrichtung von Pachthufen und Landdienststellen niedergesetzt. Dieselbe unterhandelte mit den Bödnern von Damlos zunächst wegen Ausübung ihrer Weidegerechtigkeiten. Hierbei fand eine Einigung dahin statt, daß für die Weidenutzung ein gemeinschaftliches Areal in dem Umfange ausgelegt werden sollte, daß für jeden Großbödner 3⅛ Tonnen, für jeden Kleinbödner 2 Tonnen berechnet werde;

Digitized By Google

sodann wegen Umwandlung der Hofdienste. Ueber diese fand vorerst eine Einigung nicht statt. Es erboten sich vielmehr sämmtliche Bödner, für ihre Hofdienste ein jährliches Dienstgeld, die großen von 12 ₰, die kleinen von 6 ₰, zu leisten, wenn einem jeden zur Abfindung seiner Weidebefugniß ein besonderes Stück Land zum freien Gebrauch eigenthümlich eingethan werde. Hierauf erfolgte eine Resolution der Gutsherrschaft vom 28. October 1801:

1) daß von den Groß- und Kleinbödnern in den nächsten 10 Jahren für jeden ihnen zu leisten obliegenden Hoftag ihrem Erbieten gemäß ein Dienstgeld von 6 ß zu entrichten sei;

2) daß auf dem gemeinschaftlichen Weideareal ein Jeder seinen besondern Theil nach Beschaffenheit seiner Berechtigung angewiesen erhalte, „dieses aber ist und bleibt der Gegenstand einer besondern Vergünstigung, da die Bödner nur mit Weide nach ihren Hausbriefen berechtiget sind."

Als dann später sämmtliche Kleinbödner von Damlos um die Erlaubniß nachsuchten, jeder seine Weideparcele zu freier landwirthschaftlicher Benutzung einfriedigen zu dürfen, wurde dies allerdings durch Resolution vom 10. December 1804 gestattet, jedoch unter dem ausdrücklichen Bedeuten, daß dies als bloße Vergünstigung (ohne erhöhte Abgabe) zu betrachten sei und daß die Bödner als bloß zur Weide befugt nur ein Recht auf die Benutzung der Oberfläche hätten.

Auf Grund dieser Resolution entrichteten die Bödner seit Maitag 1803 ihr Dienstgeld und wurden in den Besitz des Abfindungslandes gesetzt.

Es muß zunächst auch diesen Vorgängen gegenüber behauptet werden, daß durch sie bindende Rechtsverhältnisse entstanden sind. Allerdings tritt auch hier die Erscheinung entgegen, daß in den einseitigen gutsherrlichen Resolutionen allein der bestimmte Inhalt dieser Rechtsverhältnisse gefunden werden kann. Allein, nachdem die den Leibeigenen zustehenden Rechte geltend gemacht und anerkannt, nachdem Anerbietungen und Gegenvorschläge gemacht waren, wurde alles gemäß dieser Resolutionen factisch und ohne Einspruch geordnet. Und hierin muß nach Lage der Sache die Anerkennung der Bödner gefunden werden, daß sie diese Ordnung als ihren Rechten entsprechend, als ein bindendes Uebereinkommen, welches — wie früher gesagt — einer besondern Form vor 1805 nicht bedurfte, erachteten.

Der Inhalt dieses Uebereinkommens bezieht sich auf ein Doppeltes.

A. Zunächst auf die früheren Weidebefugnisse der leibeigenen Bödner. Hinsichtlich ihrer ist von Seiten der Gutsherrschaft die Verpflichtung anerkannt, ein bestimmtes Ausmaaß eines gemeinschaftlichen Areals zur Weide einzuräumen. Auch ist nirgends ersichtlich, daß diese Weidebefugnisse eine Beziehung auf die Sustentationspflicht des Gutsherrn hinsichtlich seiner Leibeigenen haben. Sie stellen sich vielmehr dar als zu den Bödnerstellen gehörige feste Realgerechtigkeiten, wie sich dies insbesondere aus ihrer Verschiedenheit je nach der Größe der Stelle und aus mehreren Hebungsregistern ergiebt. Es bedurfte mithin bei ihrer Aufhebung oder Umwandelung einer Entschädigung, über die gerade von Seiten des Klägers ein bestimmtes Uebereinkommen zugestanden wird. Dagegen tritt eben so klar hervor, daß die Einräumung einer besondern Weideparcele für jeden Bödner, so wie deren Benutzung nicht nur als Weide, sondern auch in sonstiger freier Weise, nur precaristischen Besitz begründete. Denn in sehr bestimmter Weise ist in den Resolutionen die „Begünstigung" dadurch hervorgehoben, daß für sie keinerlei Entgelt, keine erhöhte Abgabe geleistet werden solle, — obgleich dem klaren Wortlaut entgegen der Kläger selbst an einer Stelle behauptet, die verabredete Höhe des Dienstgeldes habe auch hierauf Beziehung. Hieraus folgt denn, daß die Gutsherrschaft allerdings das Recht hat, diese Vergünstigungen jeder Zeit zurückzunehmen, und es ist aus den Acten ein dem entgegenstehender Umstand, wie etwa die Umwandlung des precaristischen in einen eigenthumsmäßigen Besitz behufs der Ersitzung nicht ersichtlich.

Wenn daher die Frage gestellt wird:

6. Offenbar sind mit der Aufhebung der Leibeigenschaft und der auf derselben beruhenden Hofdienste auch die Emolumente an Weidenutzungen, welche die Gutsbesitzer den Leibeigenen zur Sustentation gewährten, wegfällig geworden. Würde nun in casu concreto die Gutsherrschaft von Sebent, im Fall ihr wegen der Gesetzgebung der Jahre 1804 und 1805 eine Klage auf Dienstgeld, eventuell auf Naturalleistung der Dienste von der beklagtischen Bödnerstelle nicht mehr zustehen sollte, mit der ihr als Obereigenthümerin competirenden Privationsklage das der Stelle im Jahre 1803 beigelegte Abfindungsland ganz ein-

Digitized by Google

ziehen können oder würde sie sich darauf beschränken müssen, das Land gegen Gewährung der früheren Weidenutzungen des Bödners zurückzuverlangen?

so geht unser Gutachten dahin, daß der Gutsherrschaft ohne Rücksicht auf Dienstgeld und Hoftage eine Klage (sei es das interdictum de precario, sei es eine actio praescriptis verbis, L. 2 § 2 de prec. 43, 26) auf Reducirung der wirthschaftlichen Benutzung des betreffenden Areals zu bloßer Weide, so wie auf Einziehung der besonders abgegrenzten Weideparcelen der Bödner allerdings zusteht, jedoch nur unter Belassung desjenigen gemeinschaftlichen Areals zur Weidenutzung, welches in dem Maaße von 2 Tonnen für jeden Kleinbödner und 3½ Tonnen für jeden Großbödner dem Uebereinkommen gemäß ausgethan wurde.

B. Jenes Uebereinkommen bezog sich sodann auf die Ableistung der bisherigen Hofdienste. Dasselbe empfängt seine Bestimmung durch den Satz der Resolution vom 28. October 1801:

> „Von den Groß- und Kleinbödnern ist in den nächsten 10 Jahren — für jeden ihnen zu leisten obliegenden Hoftag ihrem Erbieten gemäß ein Dienstgeld von 6 ß zu entrichten."

Es wird nun von klägerischer Seite vielfach behauptet, daß hierin eine Umwandlung der ursprünglichen in Hofdiensten bestehenden Reallast liege. Unsers Erachtens ist hiervon keine Rede. Die Bödner hatten ausdrücklich um gänzliche Befreiung von Hofdiensten gegen ein jährlich zu zahlendes Dienstgeld gebeten. Dies ist von der Gutsherrschaft abgeschlagen. Sie hält in obigen Worten auf das Klarste an der Verpflichtung der Bödner zu Hofdiensten fest und gestattet ihnen nur, die einzelnen Hofdienste in den nächsten zehn Jahren abzukaufen. Sie bleibt vollkommen im Besitze der ursprünglichen Reallast und nur die einzelnen aus ihr entspringenden Leistungen verpflichtet und berechtigt sie sich nicht in natura zu fordern, sondern ein Aequivalent dafür anzunehmen. Wie bei dem Sackzehnten, so könnte man auch hier von einer Verpachtung der Reallast vom Berechtigten an den Verpflichteten sprechen. Jenes Uebereinkommen tritt neben die bestehende Reallast und hat ihre Existenz zur Voraussetzung; es ist dasselbe eine temporaire, obligatorische Umwandelung der einzelnen obligatorischen Wirkungen, welche aus der in ihrer Gesammtheit unverwandelt dauernden und mit Dinglichkeit ausgestatteten Reallast auf Hofdienste entspringen.

In diese Sachlage greift nunmehr die Aufhebung der Leibeigenschaft ein, welche durch die Gesetzgebung der Jahre 1804 und 1805 erfolgte und es entsteht die Frage, welchen Einfluß übt dies auf die vorliegenden Rechtsverhältnisse aus.

Das Gesetz vom 19. December 1804 bestimmt:

§ 23. Die auf der Leibeigenschaft beruhenden, bisher geleisteten Hofdienste oder Hoftage hören auf.

§ 25. Verpflichtungen, die auf unbestimmte Hofdienste gehen, sind von dem 1. Januar 1805 ungültig.

§ 26. Alle sonst bestehende, auch auf bestimmte Dienste gerichtete, bisherige Contracte zwischen Gutsbesitzer und Untergehörigen bleiben, sofern sie an sich rechtsgültig sind, in ihrer vollen Kraft.

Nach diesen Bestimmungen kann es erscheinen, als ob über die Gültigkeit oder Ungültigkeit bestimmter Dienste lediglich die Art ihrer Entstehung entschiede. Man würde dann ‚die auf der Leibeigenschaft beruhenden' Dienste dahin deuten, daß es alle und jede Dienste seinen, welche je von Leibeigenen geleistet worden sind, ausgenommen diejenigen, welche als bestimmte durch einen Contract begründet worden.

Diese Auffassung ist es, von welcher das erste Erkenntniß ausgeht. Es legt den Beweis auf, daß die fraglichen Hofdienste durch Contract vor dem Jahre 1805 vereinbart wurden. Damit würden die Hofdienste des Damloser Bödners zu Boden fallen, denn es ist nicht fraglich, daß diese kraft Auflage bei Verleihung dinglicher Rechte und nicht durch Contract entstanden.

Diese Auffassung erregt Zweifel. Warum hob man eine bestimmte Qualität der Dienste — der ungemessenen — ohne Rücksicht auf die Entstehung hervor und sagte nicht einfach, nur solche bestimmte Dienste, welche auf Contracten beruhen, bleiben bestehen?

Wenn ferner nicht contractliche Dienste, die als Reallasten zu einem Aequivalent für dingliche Rechte bei ihrer Entstehung bestimmt waren, aufhören sollten, so vernichtete man eben den Entstehungsact, die Verleihung, und es müßte billiger Weise die Aufhebung nicht bloß die Dienste, die Leistung, sondern auch die dinglichen Rechte, die Gegenleistung, getroffen haben. Wie denn in der That der Gesetzgeber die fernere Leistung von personenrechtlichen Diensten mit dem

Digitized by Google

nicht gefestigten Besitz innegehabter Bauerstellen in eine solche Correspondenz setzt. § 24.

Ganz unhaltbar aber wird diese Auffassung durch das declaratorische Patent vom 26. April 1805. Hier lautet § 4: Auch behalten nach § 26 derselben Verordnung (19. December 1804) alle sonst bestehende auf bestimmte Dienste gerichtete bisherige Verpflichtungen und Contracte ihre völlige Gültigkeit, bis sie durch die darin bestimmte Aufkündigung oder sonst den Rechten nach erlöschen.

Hiernach kann es Verpflichtungen zu bestimmten Diensten geben, welche nicht auf Contracten beruhen und doch in Gültigkeit bleiben. Mit diesem allgemeinen Ausdruck entfällt die Möglichkeit, aus der Entstehungsform das Kriterium zu entnehmen, welche Dienste auf der Leibeigenschaft beruhen und welche nicht. Es bleibt kein anderer Weg als der, die Qualität der Dienste ohne Rücksicht auf die Form der Entstehung als das Entscheidende zu betrachten.

Dann wird man unter auf der Leibeigenschaft beruhenden Diensten diejenigen verstehen, welche personenrechtliche sind, d. h. welche einerseits von der Person als Leibeigenen zu leisten sind und andererseits von Jemand, als zu einer Herrschaft Berechtigtem, gefordert werden, im Gegensatz zu denjenigen Diensten, welche als contractliche oder dingliche Gegenleistung aus einem, auch abgesehen von der personenrechtlichen Qualität der Parteien, bestehenden Rechtsverhältnisse fließen.

Zu den ersteren wird man unbedingt alle ungemessenen Dienste, auch wenn sie Reallasten sind, rechnen müssen. Denn ungemessen sind sie nur insofern, als es der Willkür der Einen Partei schlechtbin anheimgegeben ist, das Maaß zu bestimmen. Die Möglichkeit so willkürlicher Belastung hat aber ein Subjectionsverhältniß zur Voraussetzung und ist ihr Ausdruck. Sie hebt von selbst die personenrechtliche Gleichberechtigung der Parteien auf.

Zu den letzteren wird man zweifellos solche bestimmte Reallasten zu rechnen haben, welche als Gegenleistung für Gewährung dinglicher Rechte erscheinen. Sie treffen den Besitz und nicht die Person, sie sind abgesehen von jedem personenrechtlichen Verhältnisse der Parteien denkbar. Dies auch dann, wenn die Entstehungsart kraft Verleihung ein personenrechtliches Subjectionsverhältniß zur Voraussetzung hat; denn es ist eben die Entstehung und die Qualität der entstandenen Dienste zu scheiden.

Dies Alles trifft den vorliegenden Fall, um so mehr, als in den Oldenburgischen Fideicommißgütern nach Behauptung des Klägers bereits im Jahre 1803 die Aufhebung der Leibeigenschaft bewirkt war. Diese bestimmten 48 Hoftage, welche als Reallast von einer jetzt mit Freien besetzten Damloser Bödnerstelle im Jahre 1804 zu leisten waren, darum zu treffen, weil sie früher kraft eines Verleihungsactes an einen Leibeigenen und nicht kraft eines Contractes entstanden waren — diese Absicht dem Gesetzgeber unterzuschieben, liegt nach allen Seiten kein Grund vor. Die Reallast auf jene bestimmten Dienste blieb auch nach der Gesetzgebung von 1804 und 1805 gültig bestehen und es bedurfte zu ihrem Fortbestande keines neuen Contractes.

Fraglich konnte es nur erscheinen, ob die im vorliegenden Falle bestehenden Rechtsverhältnisse erst einer formellen Erneuerung bedurften.

Vorweg ist in dieser Beziehung zu behaupten, daß die §§ 14 und 15 der Verordnung vom 17. Juli 1805 hier keine Anwendung finden. Sie machen lediglich Vorschriften für Zeit-, Erbpachts- und Ueberlassungscontracte bei denjenigen bisherigen Leibeigenen, welche nicht bereits früher im Besitze fester dinglicher Rechte waren.

Es bliebe nur übrig der § 5 des Patentes vom 26. April 1805: Alle Contracte zwischen Gutsbesitzern und Untergehörigen über Dienste und Leistungen müssen in Zukunft schriftlich errichtet und die desfalls bloß mündlich getroffenen Vereinbarungen bis zum 1. September d. J. schriftlich verfaßt werden.

Auch dies würde sich nicht auf die bestehende in dem Hausbriefe verlautbarte Reallast der Hofdienste beziehen, sondern nur jene zehnjährige Vereinbarung über Ablösung der einzelnen Dienste treffen. Aber auch für sie liegen jene schriftlichen Resolutionen der Gutsherrschaft vor und selbst wenn man diese nicht als genügend betrachten wollte, so enthält doch der § 5 nur eine polizeiliche Vorschrift, die nirgends als Bedingung für die privatrechtliche Gültigkeit der nur als mündlich zu betrachtenden Vereinbarung hingestellt ist, ja es folgt aus § 4 das Gegentheil.

Wenn daher die Anfrage ergeht:

4. Konnte es in Absicht auf die bei Uebertragung einer Erbpacht oder eines sonstigen Nutzeigenthums

Digitized by Google

stipulirten Dienste einen Unterschied machen, ob der Acquirent ein Freier oder Leibeigener war? mit andern Worten, war es möglich, daß die so aufgelegten jährlichen Dienste als dem Erwerber in seiner Eigenschaft als Leibeigenen auferlegt angesehen werden konnten?

5. War es nach der Gesetzgebung des Jahres 1805, namentlich mit Rücksicht auf §§ 4, 5 des Patents vom 26. April 1805 und auf den Eingang der Verordnung vom 17. Juli 1805, erforderlich, daß solche bestimmte Dienste der Untergehörigen an den Gutsbesitzer, welche vor Aufhebung der Leibeigenschaft mündlich durch Vertrag festgesetzt und geleistet waren (eventuell statt derselben das vereinbarte und Jahrelang entrichtete Geldäquivalent), um rechtsverbindlich zu bleiben, durch schriftliche Contracte der Betheiligten nach Maaßgabe der Bestimmungen der §§ 14, 15 der Verordnung vom 17. Juli 1805 von Neuem stipulirt wurden?

so geht unser Rechtsgutachten dahin:

daß solche bestimmte Dienste, welche kraft einer Verleihung dinglicher Rechte als Gegenleistung und als Reallast constituirt wurden, nicht als auf Leibeigenschaft beruhende Dienste im Sinne der Gesetzgebung von 1804 und 1805 zu betrachten sind;

daß die Verordnung vom 17. Juli 1805 §§ 14, 15 sich überhaupt nicht auf solche feste dingliche Rechte und ihre Modalitäten hinsichtlich bestimmter Gegenleistungen bezieht, welche bereits zur Zeit der Leibeigenschaft wohlerworben waren, so wie daß die in den §§ 4 und 5 des Patents vom 26. April 1805 vorgeschriebene schriftliche Verlautbarung hinsichtlich solcher bestimmter Dienste der Untergehörigen an den Gutsbesitzer, welche vor Aufhebung der Leibeigenschaft mündlich durch Vertrag festgesetzt und geleistet waren (eventuell hinsichtlich des statt derselben vereinbarten und Jahrelang entrichteten Geldäquivalents), kein Präjudiz für die Gültigkeit solcher mündlicher Vereinbarungen abgiebt.

(Der Beschluß folgt.)

Criminalfälle.

Lauenburgischer Fall

(von dem Herrn Gerichtshalter Sachau in Ratzeburg mitgetheilt).

Fälschung.

Der Angeschuldigte N. N. in X., Privatmann, kein Anwalt, wurde im Sommer 1863 von dem Arbeitsmann M. gebeten, bei dem Magistrat der Stadt Lauenburg einen Antrag dahin einzureichen, daß der Dienstknecht L. angehalten werde, diejenigen Alimentenbeiträge, mit denen derselbe für ein mit der Tochter des M. erzeugtes uneheliches Kind in Rückstand geblieben, zu berichtigen.

N. N. ließ sich den gerichtlichen Protocollarbescheid, auf welchen die Ansprüche der M.'schen Tochter sich gründeten, behändigen und überreichte unter Anschluß dieses Protocollarbescheides dem gedachten Magistrat eine dem Antrage des M. entsprechende Imploration.

Er unterzeichnete dieselbe mit drei Kreuzen nebst der Bemerkung: „soll heißen: A. M. C. M—" (der Name der M.'schen Tochter) und mit dem Namen „M.", den er indessen nicht mit seiner gewöhnlichen Handschrift, sondern so schrieb, als ob eine im Schreiben nicht sehr geübte Person die Unterschrift vollzogen habe.

Im Verlauf der hierauf entstehenden gerichtlichen Verhandlungen stellte es sich heraus, daß die Tochter der M. bereits vor mehreren Jahren verstorben war, und wurde in dieser Veranlassung N. N. als Concipient der Imploration in Untersuchung gezogen.

Inculpat entschuldigte sich damit, wie er an nichts Unrechtes gedacht und ihm nicht in den Sinn gekommen sei, das Gericht zu täuschen. Er wisse selbst eigentlich nicht, weshalb er den Namen M. mit verstellter Handschrift geschrieben habe; er unterschreibe oftmals für Bauern und schreibe dann so, wie ein Bauer die Züge zu machen pflege. Daß aber M.'s Tochter nicht mehr am Leben gewesen, habe er gar nicht gewußt, da M. ihm davon Nichts gesagt habe.

Letzteres ward von M. mit der Motivirung bestätigt, er habe es vergessen, dem Angeschuldigten zu sagen, daß seine Tochter verstorben sei, das Schriftstück selbst

Digitized by Google

nicht gesehen und um die Sache sich nicht weiter bekümmert.

Zufolge Instructoriums des Lauenburgischen Hofgerichts erkannte der Magistrat der Stadt Lauenburg:

In Untersuchungssachen wider den N. N. in N., wegen Fälschung, erkennen Gerichtsschulz, Bürgermeister und Rath der Stadt Lauenburg der Urtheilsvorschrift des Königlichen Hofgerichts gemäß,

in Erwägung, daß bei dem Magistrate der Stadt Lauenburg eine von dem Inculpaten aufgesetzte Imploration, angeblich „von Seiten der Anna Maria Elisabeth M. c. c. p., Einlieger M. in N., Implorantin, wider den Einwohner L. in N., Imploraten, wegen liquider Forderung" eingereicht ist, welche zur Unterschrift hat drei Kreuze mit der Nebenschrift „soll heißen A. M. E. M." und mit anderer Handschrift geschrieben „M.", enthaltend eine Klage der Implorantin gegen den Imploraten, auf Bezahlung von Alimentengeldern, gegründet auf ein Verhandlungs-Protocoll des Amtes N., wonach Implorat im Jahre 1854 schuldig erkannt worden, der Ersteren für ihr mit einander erzeugtes Kind Alimente zu zahlen;

in Erwägung, daß es sich anderweitig actenmäßig herausgestellt hat, daß die genannte Implorantin schon vor Jahren gestorben und also die drei Kreuze nicht hat machen können, so wie auch, daß der Verdacht entstanden, daß die Unterschrift „M.", als den väterlichen curator bezeichnend, nicht von diesem, sondern mit verstellter Hand von dem Verfasser der Imploration, dem Inculpaten, geschrieben sei;

in Erwägung, daß bei der deshalb angestellten Untersuchung Inculpat geständig geworden ist, die drei Kreuze und die Unterschrift „M." selbst gemacht resp. geschrieben zu haben; er sei von M. gebeten, den Antrag zu schreiben, der habe ihm aber nicht gesagt, daß die Tochter gestorben und habe er dieß nicht gewußt, auch habe er die Unterschrift „M." so geschrieben, als habe ein Bauer die Züge gemacht, er wisse selbst nicht, warum, er pflege häufig für Bauern zu unterschreiben und schreibe dann so; er habe dabei keine böse Absicht gehabt und den Magistrat nicht täuschen wollen;

in Erwägung, daß der M. aussagt, er habe den Inculpaten im Allgemeinen instruirt, dabei aber nicht gesagt, daß seine Tochter todt sei, weil er es vergessen, er habe aber die Schrift nicht gesehen und sich nicht weiter um die Sache bekümmert;

in Erwägung, daß in dem Geständnisse des Inculpaten, daß er die drei Kreuze gemacht, bei denen er geschrieben „soll heißen" und den Namen, und daß er den Namen „M." mit verstellter Hand, als wenn der M. ihn selbst geschrieben habe, geschrieben, trotz seiner gegentheiligen Behauptung, daß er damit das Gericht nicht habe täuschen wollen, das Geständniß liegt, daß er die Absicht gehabt, glauben zu machen, daß die Anna M. die Kreuze selbst gemacht und daß deren Vater, der Einlieger M., den unterschriebenen Namen „M." geschrieben habe;

in Erwägung, daß hierin allerdings eine strafbare Fälschung eines bei dem Gerichte einzureichenden und eingereichten Antrags liegt; daß jedoch, da das Hauptdocument, das Protocoll des Amtes N., richtig war, es in der Sache selbst, wenn die angebliche Implorantin noch am Leben war, ziemlich unwesentlich war, ob sie die Kreuze selbst machte oder nicht, und ebenso, ob M. selbst unterschrieben oder nicht, wenn man auch mit Zuversicht annehmen kann, daß Inculpat den Tod der Implorantin nicht wußte, und daher in dieser Hinsicht keine Täuschung des Gerichts beabsichtigte, indem dieser Umstand sich, wie es auch geschah, alsbald aufklären mußte, und daher aus der Täuschung an sich kein Schade erwachsen ist, daß daher das Erkennen einer Geldstrafe statt einer Gefängnißstrafe gerechtfertigt erscheint;

daß der Inculpat N. N. in N. wegen Fälschung mit einer binnen 3 Wochen zu erlegenden Geldstrafe von 25 ℛ L.-M.

zu belegen, auch schuldig sei, die Kosten der Untersuchung zu tragen.

Da nach der Verordnung vom 11. Juli 1837 gegen dies Straferkenntniß ordentliche Rechtsmittel nicht zulässig waren, nahm Condemnat die Nichtigkeitsbeschwerde zur Hand.

In seiner Rechtfertigungsschrift führte er aus, wie im Fall eines von der Tochter des M. wirklich erhaltenen Auftrags er unbedingt für sie hätte unterschreiben dürfen, wobei es dann völlig irrelevant gewesen sein würde, ob die Unterschrift sich äußerlich anscheinend als eigenhändige Unterschrift der Auftraggeberin, oder als von dem Beauftragten vollzogen darstelle. Die

Digitized by Google

Unterschrift solle immer nur den Namen der Person vertreten, den sie bezeichne. Dies thue sie in dem einen wie in dem andern Fall.

Auch für denjenigen, dem die Urkunde vorgelegt werde, sei es gleichgültig, von wessen Hand die Unterschrift herrühre. Eine Täuschung hierüber, als über einen völlig irrelevanten Umstand, verletze kein erdenkbares Recht, involvire kein Verbrechen, am Wenigsten das der Fälschung, das ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und ohne Verletzung eines Rechts gar nicht denkbar sei.

Seine ganze Handlungsweise wäre höchstens als eine Unbedachtsamkeit, nicht aber als ein Verbrechen, namentlich nicht als Fälschung, zu bezeichnen gewesen, da dieselbe gar nicht auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtet gewesen. Inculpat habe überhaupt gar nicht in einer irgend wie bestimmten Absicht so gehandelt, vielmehr gewissermaaßen nur mechanisch die Unterschrift anders geschrieben als den Text, und sei dadurch das Gericht getäuscht worden, so habe eine solche Täuschung — selbst wenn dieselbe beabsichtigt gewesen — immer nur einen gänzlich irrelevanten Umstand betroffen.

So, wenn er in einem gültigen Auftrage gehandelt hätte. Wenn sich nun später herausgestellt, daß die Tochter des M., in deren Namen er gehandelt, verstorben gewesen, so könne durch diesen (ihm, wie gesagt, unbekannten) Umstand seine Handlungsweise unmöglich zu einem Verbrechen werden. Er habe geglaubt, der Vater der M., der seiner Tochter in dem rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreit als Curator zur Seite gestanden, und der ihn jetzt um Einreichung der Imploration bitte, der ja überhaupt als präsumtiver Bevollmächtigter zu betrachten sei, handle jetzt in eben derselben Eigenschaft, in welcher er früher für seine Tochter thätig gewesen.

Er habe nicht daran denken können, daß die Person, deren präsumtiver Bevollmächtigte sich an ihn gewendet, nicht mehr am Leben sei, habe (in einem unverschuldeten Irrthum befangen) vollkommen bona fide gehandelt, wie dies selbst das Straferkenntniß ihm nicht abspreche. Letzteres concedire sogar noch mehr, indem es ausspreche, wenn die M. am Leben gewesen, würde es ziemlich unwesentlich gewesen sein, ob die Unterschrift von ihr herrühre oder nicht.

Wäre aber seine Handlung bei Lebzeiten der M.'schen Tochter nicht verbrecherisch gewesen, so könne dieselbe auch jetzt kein Verbrechen sein.

Ein Straferkenntniß, das eine rechtlich ganz gleichgültige, ganz bona fide vorgenommene Handlung zu einem Verbrechen stemple, das ohne Rechtsverletzung und ohne dolus gar nicht denkbar sei, verstoße contra jus in thesi clarum und sei deshalb nichtig.

Neben einer Bitte um Restitution wegen einer versäumten Frist beantragte Condemnat demgemäß Cassation des Erkenntnisses.

Das Oberappellationsgericht entschied unterm 30. April d. J.:

In Untersuchungssachen wider den N. N. in N., wegen Fälschung,

wird auf die wider das ihn am 24. Decemb. 1863 publicirte Straferkenntniß, wodurch er in Gemäßheit Urtheilsvorschrift des Hofgerichts für das Herzogthum Lauenburg vom 5. J. M. vom Magistrat der Stadt Lauenburg zu einer Geldstrafe von 25 ℛ L.-M. und Tragung der Untersuchungskosten verurtheilt worden, am 31. Januar d. J. hier eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde nebst eventueller Restitutionsbitte nach Einsicht der Acten,

in Erwägung, daß es im vorliegenden Fall, wegen verspäteter Einführung und Rechtfertigung des ergriffenen Rechtsmittels, der event. erbetenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der in § 5 des Gemeinen Bescheides vom 30. November 1818 vorgeschriebenen Frist bedürfen würde, daß aber, da in dem angefochtenen Erkenntniß ein Verstoß wider klares Recht, worauf die Nichtigkeitsbeschwerde allein begründet worden, überall nicht erfindlich ist, durch die Zulassung des Rechtsmittels kein günstigeres Resultat herbeigeführt werden könnte;

hiedurch zum Bescheide ertheilt:

daß auf die Bitte um Restitution nicht eingetreten werden kann.

Die Kosten des völlig grundlosen Recurses hat der Anwalt des Querulanten aus eignen Mitteln zu tragen, resp. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 30. April 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

30. Stück. — Den 25. Juli 1864.

Entscheidungen.

Umwandlung von Hofdiensten, die auf der Leibeigenschaft beruhten, in eine Geldprästation; ob selbige als Reallast zu betrachten.

(Fortsetzung.)

III.

Jene 10jährige Vereinbarung hinsichtlich der Ablösung der einzelnen Hoftage trat mit Martag 1803 in Wirksamkeit, dergestalt, daß von dem Kleinbödner zu Martag und Michaelis je 3 ß Dienstgeld bezahlt wurden. Mit Martag 1813 hätte nach der ursprünglichen Absicht die Leistung der Hoftage wieder beginnen sollen, allein die stipulirten Dienstgelder wurden ununterbrochen bis Martag 1848 bezahlt und empfangen. Erst an diesem Tage weigerte sich der Bödner der ferneren Zahlung; er nahm jedoch dieselbe nach ausdrücklicher Aufforderung der Gutsherrschaft zu Michaelis 1850 wieder auf, um sie seit Martag 1852 trotz aller Aufforderung definitiv zu verweigern.

Diesem Sachverhalte gegenüber entsteht die Frage, ob die Gutsherrschaft ein Recht auf fernere Leistung der Dienstgelder begründen kann und wenn nicht, welche andere Ansprüche kann sie geltend machen?

A. Es kann versucht werden, die Verpflichtung des Bödners zu fernerer Leistung der Dienstgelder auf drei verschiedene Weisen zu begründen.

1) Zunächst durch Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung. Wir wollen das Zugeständniß machen, daß durch eine solche stillschweigende Vereinbarung die Umwandlung einer Reallast auf eine bestimmte Leistung in die auf eine andere erfolgen könne. Dann aber müßten die concludenten Umstände ohne Voraussetzung auf sich selbst erklärt werden dürfen. Hier geht eine bestimmte Vereinbarung voraus, welche die Reallast selbst nicht afficirt, sondern nur für 10 Jahre die Ablösbarkeit der einzelnen Naturalleistung um ein Geldäquivalent stipulirt. Daraus, daß die dem entsprechenden Verhältnisse thatsächlich fortgesetzt werden, können wir ohne das Hinzutreten neuer Umstände, die nicht vorliegen, auf eine neue stillschweigende Vereinbarung (hier die dauernde Umwandlung der Reallast selbst) nicht schließen, sondern nur auf eine stillschweigende Fortsetzung des alten Uebereinkommens. Es giebt nun aber keinen Rechtssatz, welcher die stillschweigende Fortsetzung eines Uebereinkommens zu einer Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit oder für immer machte, vielmehr ist eine solche jeder Zeit an die einseitige Aufsage der Parteien gebunden. In dem Augenblick, wo der Bödner die fernere Ablösung der Hofdienste versagte, war sie unerzwingbar. Es verblieb der Gutsherrschaft nur der Anspruch aus der durch die ausdrücklichen und stillschweigenden Vereinbarungen nicht alterirten Reallast auf Hofdienste.

2) Es könnte sodann der Anspruch auf fernere Dienstgelder durch Ersitzung einer solchen Reallast begründet werden. Die unumgängliche Voraussetzung derselben, wenn sie eine Umwandlung der ursprünglichen Reallast hervorbringen sollte, wäre diese, daß zunächst der Besitz der alten Reallast aufgegeben sei und sodann die Besitzergreifung der neuen stattgefunden habe.

Digitized by Google

In einer 10jährigen Vereinbarung lag an und für sich nichts weniger als eine Veränderung des Besitzstandes. Vielmehr wurde gerade durch Zahlung und Annahme der Ablösung der einzelnen Hofdienste der Besitz der Reallast auf diese Hofdienste anerkannt und ausgeübt. An und für sich und ohne das Hinzukommen neuer Umstände kann auch die stillschweigende Fortsetzung dieses Uebereinkommens ein Anderes nicht bewirken.

Es bedarf mithin des Nachweises anderer Ereignisse, welche die bisherige Absicht oder den bisherigen Thatbestand in contrarium agiren.

Solche Facta sind auch behauptet worden. Zunächst wird ein Hebungsregister der Gutsherrschaft 1803/4 angeführt. Hier lautet der Eintrag:

H. J. Prüß leistet Dienste, bezahlt also auf Michaelis 1803 Gefälle 1 ₰, Dienstgeld auf Michaelis 1803 3 ₰, auf Maitag 1804 3 ₰. Nun hat ein solches Hebungsregister aber den Zweck, die factische Einnahme der Gutsherrschaft zu berechnen und mußte also sachgemäß während jener 10jährigen Vereinbarung die Ablösungssumme für die Hofdienste aufführen. Allein ein Aufgeben dieser letzteren ist damit nach allen Seiten hin nicht documentirt, ja die Fassung des Eintrages läßt auf das Gegentheil schließen.

Es wird ferner ein Verzeichniß der Familienstellen des Gutes Sebent angeführt, worin bei H. J. Prüß die Rubrik Dienste nicht ausgefüllt ist, sondern nur die Rubrik Geldabgaben mit 7 ₰ (nämlich 1 ₰ Grundhäuer und offenbar 6 ₰ Dienstgelder). Dieses Verzeichniß ist angefertigt auf Grund des Rescripts vom 28. December 1804 und nach einem dort vorgeschriebenen Schema. Dasselbe fällt mithin in die Zeit jener 10jährigen Vereinbarung. Ihr gemäß konnte es zweifelhaft sein, ob in die Rubrik Dienste die noch bestehende Reallast auf Hofdienste oder in die Rubrik Geldabgaben die vereinbarte Ablösungssumme einzutragen war. Nun aber schreibt das Rescript die Angabe der jetzigen Dienste und Abgaben vor, ohne im Schema für besondere Bemerkungen Raum zu geben, und so mußte die gewählte Verzeichnungsart als ganz correct erscheinen. Die Absicht, damit den Besitzstand der Reallast auf Hofdienste in der einen oder andern Art zu verwandeln, kann hierin durchaus nicht gefunden werden.

Ja man kann sogar auf gegnerischer Seite einen Umstand anführen, der eine spätere Anerkennung des alten Besitzstandes involvirt. 1831 wurde nämlich über die fragliche Kleinbödnerstelle ein Erbvergleich geschlossen, worin die Stelle dem Anerben zugeschrieben wurde „mit mit allen Pertinentien, Rechten und Verbindlichkeiten, wie solche Stelle namentlich dem wailand H. J. Prüß durch Hausbrief vom 13. September 1793 (der nur die Reallast der Hofdienste kannte) zugeschrieben ist.“ Dieser Erbvergleich ist durch das Justitiariat, d. i. die Gutsherrschaft in ihrer richterlichen Function, bestätigt.

Mag man nun auch auf letzteres kein Gewicht legen, so erhellt doch aus den Acten bis zum Jahre 1848 kein einziger Umstand, der geeignet wäre, der Veränderung des Besitzes, eine Wandelung des ursprünglichen animus oder corpus, mithin die unumgängliche Bedingung für die Ersitzung der Reallast auf Dienstgelder anstatt der bisher zu Grunde liegenden auf Hofdienste zu begründen.

Erst als im Jahre 1848 die weitere Zahlung der Dienstgelder verweigert wurde und nunmehr die Gutsherrschaft die Zahlung solcher als ihr Recht forderte, dieser Forderung auch zeitweilig nachgekommen wurde — erst in diesen Vorgängen würde der erforderte Umstand einer Besitzesänderung gefunden werden können. Allein, da die Zahlung schon nach 3 Terminen wieder suspendirt wurde, bleibt selbst bei der Annahme kürzester Zeitfristen dieser contrarius actus für eine behauptete Ersitzung ohne Relevanz.

So wenig daher um der Bethätigung der Reallast auf Hofdienste in jenen stipulirten und stillschweigend fortgesetzten Geldleistungen willen eine Verjährung der actio confessoria auf Hofdienste Statt hat, so wenig ist den actenmäßigen Thatsachen nach eine Ersitzung der Reallast auf Dienstgelder möglich gewesen. Es ist daher unsers Erachtens das erste Erkenntniß, welches die Beweisauflage der Ersitzung macht, ein nicht gerechtfertigtes.

(Der Beschluß folgt.)

Digitized by Google

Criminalfälle.

Verletzung amtlicher Siegel; ob dieselbe criminell zu bestrafen sei.

Auf die sub praes. den 4. December 1863 mit Bericht des Steinburger Amtsgerichts vom 12./14. December 1863 hierselbst eingegangene Supplicationsschrift für den Inculpaten Johann Kruse am Altendeich wider das unter dem 19./20. October v. J. wegen Widersetzlichkeit gegen ihn abgesprochene Straferkenntniß,

wird,

in Erwägung, daß die am Altendeich belegene Mühle des Inculpaten Kruse, welcher im Verdacht stand, seine Concession überschritten zu haben, behufs Sicherung der deshalb vorzunehmenden Untersuchung durch die Cremper Kirchspielvogtei dergestalt einer Versiegelung unterzogen ist, daß den 9. Februar 1863 nach Anweisung Sachverständiger sämmtliche drei Mehlgänge auf dem Mehlsaal mittelst eines um den eisernen Klüver geschlungenen Bindfadens nach beiden Seiten auf die Schuhleitern versiegelt wurden, ferner auf dem Sternradsboden ein Bindfaden um jedes Schlußholz der betreffenden Gänge gelegt und nach beiden Seiten am Schlußbalken mit dem Siegel befestigt wurde, mithin die oben befindlichen 3 Gänge mit 6 Siegeln versehen waren;

in Erwägung, daß eine auf Veranlassung des Steinburger Amthauses den 24. Juni 1863 von der Cremper Kirchspielvogtei erneuerte, unter Zuziehung der früher adhibirten Sachverständigen vorgenommene Besichtigung ergeben hat, daß die angelegten Siegel verletzt waren, indem

auf dem Mehlsaal bei dem französischen und den 2 rheinischen Gängen von den Schuhleitern je 2 Stücke an der Stelle, wo die Siegel angebracht waren, abgesägt waren, so daß diese Stücke, ohne die Siegel zu verletzen, herausgenommen und durch Abwicklung des um den eisernen Klüver gewickelten Bandes die Versiegelung nutzlos gemacht werden konnte;

ferner auf dem Sternradsboden

1) beim 18. rheinischen Gang Nr. 1 die Siegel gebrochen und der Bindfaden von denselben mit 2 Nägeln an den Schlußbalken befestigt, auch das eine Siegel vermittelst eines brennenden Talglichts erweicht war und der Faden mit dem Finger wieder in das Siegel hineingedrückt zu sein schien;

2) beim 18. rheinischen Gang Nr. 2 die Siegel zwar unverletzt schienen, der Bindfaden aber mit zwei Nägeln auf dem Schlußbalken befestigt war;

3) beim französischen Gang die Siegel links zwar unverletzt, der Bindfaden jedoch mit 2 Nägeln befestigt war, von denen der eine in das Siegel eingeschlagen war, dagegen das Siegel rechts gebrochen und der Bindfaden, gleichfalls mit 2 Nägeln befestigt, wieder in das Siegel eingedrückt zu sein schien;

in Erwägung, daß dieser Befund zu der Annahme führen mußte, daß die Siegel gewaltsam gebrochen seien, auch die Sachverständigen aussagen, daß durch diese Verletzungen der Siegel der Zweck der Versiegelung vereitelt worden sei, indem jetzt die früher versiegelten Gänge zum Mahlen gebraucht und der Klüver zum Behuf der neuen Schärfung der Steine herausgenommen werden könnte;

in Erwägung, daß der dieser That dringend verdächtige Inculpat zwar hartnäckig seine Schuld geleugnet hat, indeß folgende Indicien gegen ihn erbracht sind:

1) der Inculpat allein hatte ein Interesse daran, daß die Versiegelung unwirksam wurde, indem er dadurch die Möglichkeit erreichte, die erwähnten 3 Gänge seiner Mühle wieder zu benutzen;

2) die Versiegelung war in seiner Mühle vorgenommen, wohin Fremden der Zutritt nicht ohne Weiteres freistand, es ist daher nicht wohl denkbar, daß fremde Personen ohne sein Wissen sich eingeschlichen und die Siegel gebrochen haben sollten, überdies hat die Besichtigung ergeben, daß nicht ein offner Bruch der Siegel vorgenommen ist, sondern daß die Wirksamkeit der Versiegelung in einer Weise aufgehoben ist, welche bei flüchtiger Entsiegelung unbemerkt hingehen konnte, denn die ausgesägten Holzstücke konnten wieder befestigt werden, und auf dem Sternradsboden war der Versuch gemacht, den Faden wieder in dem Lack zu befestigen, es war also der Siegelbruch in der Absicht vorgenommen, um die Behörde über das Geschehene zu täuschen; dazu kommt, daß bei der Versiegelung der Inculpat für die Unverletztheit der Siegel bei Strafe verantwortlich gemacht war und daß ihm darnach wenigstens die Pflicht oblag, die Verletzung selbst

Digitized by Google

zur Anzeige zu bringen, wenn er sich nicht selbst in Verdacht setzen wollte, seine Behauptung aber, davon nichts gewußt zu haben, ist an sich im höchsten Grade unwahrscheinlich und unglaublich;

3) der Müllergesell des Inculpaten H. Boldten hat eidlich ausgesagt: nach der Versiegelung seien die fraglichen Gänge 4—5 Wochen nicht benutzt, später sei aber auf allen 3 Gängen Roggen und Weizen gemahlen, auch seien Steine geschärft; er habe auch einmal gesehen, daß der Inculpat an dem einen rheinischen Gange die Siegel ausgesägt und dabei zuerst eine Spannsäge und nachher eine Stichsäge benutzt habe;

4) der Müllerknecht des Inculpaten W. Siehl hat gleichfalls eidlich ausgesagt, daß auf den beiden rheinischen Gängen nach der Versiegelung Roggen gemahlen sei, daß die Steine der 3 versiegelten Gänge zur Schärfung herausgehoben seien, er dabei zum Theil geholfen habe, und die Steine nicht herausgehoben werden könnten, ohne die Schnur von Klüver zu lösen, daß der Inculpat und Boldten die Steine geschärft hätten, und daß an den Schubleitern sich Lücken an den Stellen befänden, wo die Siegel angebracht gewesen;

5) ferner hat der Inculpat noch nach der Versiegelung von verschiedenen Personen Korn zum Vermahlen angenommen; er hat dabei zwar verschiedentlich geäußert, daß er es auf der Borsflether Mühle vermahlen lasse, und dort hat er auch im Laufe des Jahres 1863 58 Tonnen Weizen, 157 Tonnen Roggen, 136 Tonnen Hafer und Gerste, 14 Tonnen Bohnen und 41 Tonnen Erbsen vermahlen lassen, allein bei dem Umfange des Betriebs des Inculpaten, welcher selbst ein Mehlgeschäft hatte, liegt die Vermuthung nahe, daß dies mehr zum Schein geschehen ist, um sich bei einer zu erwartenden Untersuchung darauf berufen zu können, indem sonst ein Vortheil für den Inculpaten nicht recht ersichtlich ist;

in Erwägung, daß der Inculpat zur Entkräftung dieser Indicien nichts Wesentliches vorgebracht hat, indem seine Angabe, es sei möglich, daß die ausgesägten Holzstücke schon bei Erbauung der Mühle lose gewesen seien, durch die Deposition des Mühlenbauers Mohr in Elmshorn, welcher die Mühle 1861 erbaut hat und bemerkt, daß damals die Schubleitern ganz gewesen seien, widerlegt wird, indem ferner der wiederholt ausgesprochene Verdacht, daß der Zeuge Boldten vom Müller Potent in Glückstadt bestochen sei, der Zeuge Siehl ein Fuder Mehl auf die Seite gebracht, endlich beide einen Sack mit Mais gestohlen hätten, gänzlich unbegründet erscheint, da in beiden ersten Beziehungen nur ganz vage Behauptungen aufgestellt sind, die Sache mit dem Mais sich aber zu Gunsten der Zeugen dadurch vollständig aufgeklärt hat, daß der Sack mit Mais wieder an den Eigenthümer zurückgelangt ist;

in Erwägung, daß demnach Inculpat Leugnens ungeachtet überführt ist, die angelegten Siegel gebrochen zu haben;

in Erwägung, daß das Steinburger Amtsgericht, welches den Inculpaten in eine 6 mal 5 tägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod verurtheilt hat, den Siegelbruch als criminell zu strafende Widersetzlichkeit gegen obrigkeitliche Anordnungen aufgefaßt hat;

in Erwägung jedoch, daß weder das gemeine noch das vaterländische Recht ein bestimmtes Strafgesetz über den Siegelbruch enthält, auch bei mangelnder Gewaltanwendung gegen die Obrigkeit eine criminell strafbare Widersetzlichkeit nicht vorliegt; es aber nicht zweifelhaft sein kann, daß schon deshalb der Siegelbruch strafbar ist, weil dem Inculpaten von der Obrigkeit bei Vermeidung von Strafe die Conservirung der angelegten Siegel anbefohlen war;

in Erwägung, daß unsere Gesetzgebung auch in andern Fällen den Bruch obrigkeitlich angelegter Siegel nicht als Criminalverbrechen behandelt, vielmehr in der Zollverordnung der Bruch der Zollsiegel mit einer je nach den Umständen bis zu 1500 ℛ ansteigenden Brüche bedroht ist;

in Erwägung, daß demnach die Erkennung einer Brüche von 200 ℛ gerechtfertigt ist;

von Obercriminalgerichtswegen zum Bescheide ertheilt, daß das angefochtene Erkenntniß des Steinburger Amtsgerichts dahin zu ändern:

> daß der Müller Johann Kruse zu Altendeich wegen Verletzung obrigkeitlich angelegter Siegel in eine event. mit Gefängniß bei Wasser und Brod abzubüßende Brüche von 200 ℛ und zur Erstattung der Untersuchungskosten, soweit er des Vermögens, zu verurtheilen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 22. Mai 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

31. Stück. — Den 1. August 1864.

Entscheidungen.

Umwandlung von Hofdiensten, die auf der Leibeigenschaft beruhten, in eine Geldprästation; ob selbige als Reallast zu betrachten.

(Beschluß.)

3) Der Kläger beruft sich endlich für die Umwandelung der Reallast in eine solche auf Dienstgelder auf die Verjährung. Allein die Behauptung, daß dies begründet werde durch die einfache Zahlung des Geldäquivalents die Verjährungszeit hindurch, ist ohne alles juristische Fundament. Allerdings giebt es einen Fall, wo die Verjährung eine Umwandelung der Reallast bewirken kann. Wenn nämlich der Berechtigte auf die ursprüngliche Naturalleistung zurückgehen will und sich bei dem eingelegten Widerspruch des Verpflichteten 30 Jahre beruhigt, so ist durch die nun eingetretene qualificirte Verjährung das Aequivalent an die Stelle der Naturalleistung getreten, denn der Berechtigte verliert in dieser Zeit, wenn gegen ihn der Widerspruch geltend gemacht wurde, seine confessoria, soweit sie auf die ursprüngliche Leistung gerichtet ist. In dem vorliegenden Falle liegt aber die Sache gerade umgekehrt.

B. Wenn nach diesem Allen ein Anspruch des Klägers auf die fernere Leistung der Dienstgelder nicht anerkannt werden kann, so blieb nur der Anspruch aus der ursprünglichen Reallast auf Hofdienste. Und dieser Anspruch, die noch dauernde Verpflichtung der fraglichen Bödnerstelle zu 48 Hoftagen jährlich, erscheint allerdings nach den vorhergehenden Erörterungen nicht nur als begründet, sondern auch insbesondere kraft des Hausbriefes von 1793 als erwiesen.

Es könnte sich hiernach nur noch darum handeln, ob dem Kläger für die seit dem Jahre 1848 von Seiten der Stelleinhaber verweigerten Leistungen ein Anspruch auf Entschädigung zustehe.

Dieser wird auf Zweierlei gestützt.

1) Zunächst sei die ursprüngliche Vereinbarung von 1803 für die folgenden 10 Jahre und die spätere stillschweigende Fortsetzung derselben gerade auf Entschädigung für nicht geleistete Hofdienste, der Hofdienst zu 6 ß gerechnet, gegangen. Aber dies zugegeben, so ist mit der einseitigen Aufsage dieses stillschweigend fortgesetzten Uebereinkommens die Berufung auf dasselbe abgeschnitten. Ein Entschädigungsanspruch nach richterlicher Schätzung ist ebensowenig zulässig. Die Verordnung vom 17. Juli 1805 schreibt vor, § 27: „die in einem Jahre nicht geforderten Dienste können nicht als rückständig in dem folgenden Jahre nachgefordert werden", d. h. die Verpflichtung zu den einzelnen Diensten ist bedingt durch die Einforderung innerhalb des laufenden Jahres. Für nicht existent gewordene Forderungen, hier für die nicht angesagten und innerhalb des laufenden Jahres nicht geforderten Dienste, ist aber eine Entschädigung juristisch nicht denkbar.

2) Es wird ferner behauptet, jene vereinbarte Leistung von 6 ℛ jährlich sei nicht bloß eine Ablösung der Hofdienste, sondern auch zugleich Bodenzins für

Digitized by Google

die precarische Ueberlassung der Weideparcele zu gesonderter freier Benutzung gewesen.

Als nämlich die Kleinbödner bei Aufhebung der Leibeigenschaft in Damlos um gänzliche Befreiung von Hofdiensten baten, boten sie ein Dienstgeld von 6 ℛ jährlich an, wenn ihnen zur Abfindung für ihre Weidebefugnisse ein besonderes Stück Land zu freiem Gebrauche eingethan würde; wenn dies nicht geschähe, wollten sie nur 5 ℛ entrichten. Das Angebot läßt eine doppelte Auffassung zu. Entweder es war beabsichtigt das Surplus des 1 ℛ als Bodenzins von der Weideparcele zu tragen, oder die erbetene Gewährung der freien Benutzung der Weideparcele war nur als das Motiv hingestellt, welches sie wohl begreiflich veranlassen konnte, eine höhere Ablösung für die Hoftage zu bieten. In diesem letzteren Sinne wird das Angebot in der gutsherrlichen Resolution vom 28. Oct. 1801 aufgefaßt, welche die auch von den Bödnern anerkannte Grundlage für die ganze spätere Ordnung der Verhältnisse bildet. Sie nimmt aber für jeden Hofdienst 6 ß als Ablösungsvergütung in Anspruch (d. h. für 48 Hoftage 6 ℛ Cour. jährlich) und betrachtet die precaristische Ueberlassung einer gesonderten Weideparcele als reine unentgeltliche Vergünstigung. Es läßt sich mithin auch von diesem Sachverhältnisse aus ein Anspruch auf Entschädigung für nicht geforderte und nicht geleistete Hofdienste nicht begründen.

Fassen wir zum Schlusse das Resultat unserer Auffassung der sachlichen und rechtlichen Verhältnisse in unmittelbarem Anschluß an die vorliegenden Acten zusammen, so geht unser Rechtsgutachten dahin:

daß der von Provocatin zu dem Realproclam über die von dem Provocanten an H. J. Kohlschen verkaufte Bödnerstelle in Damlos und zwar sub passu II, Nr. 2 angemeldete Anspruch auf für die Zukunft jährlich von der Bödnerstelle zu leistende 48 Hofdiensttage wie Recht für justificirt, dagegen die ebendaselbst gemachten Professionen auf Dienst- und Entschädigungsgelder als im Rechte nicht begründet zu erachten.

Im Vorstehenden ist unsere rechtliche Ansicht über die von dem Querenten uns vorgelegten Fragen enthalten und haben wir den Rechten und unserer Ueberzeugung gemäß nicht anders als geschehen respondiren können.

(L. S.) Ordinarius, Senior, Decanus und übrigen Mitglieder der Juristen-Facultät hieselbst.

Kiel, den 14. December 1863.

Ueber die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.

In Sachen des Schäfers Oppermann in Wiemerstorf, Beklagten und Supplicanten,

wider

den Vollhufner H. Delfs daselbst, Kläger und Supplicaten

wegen Schadenersatzes, jetzt Supplication gegen einen Bescheid des Segeberger Amthauses vom 13./21. Juli v. J.,

ergeben die Acten:

Der Supplicat hat bei dem Segeberger Amthause klagend vorgebracht: Beklagter sei im Januar 1862 mit einer Heerde Schaafe über des Klägers Koppel Diekbusch gegangen, woselbst neu aufgegangener Klee gestanden habe, und hätten die Schaafe durch Auskratzen und Niedertreten des Klees, sowie durch Beschädigung der Wälle ihm einen nicht unerheblichen Schaden zugefügt. Auf diese Anführungen gestützt beantragte der Kläger:

daß Beklagter schuldig erkannt werde, den dem Kläger mit seinen Schaafen angerichteten Schaden, dessen nähere Specification vorbehältlich zu erstatten, auch sich in Zukunft jeder ähnlichen Störung zu enthalten, ref. exp.

Nach wesentlich negativer Einlassung des Beklagten wurde dem Kläger von dem Amthause der Beweis auferlegt:

daß Beklagter um die Zeit des 31. Januar 1862 mit einer Heerde Schaafe über die klägerische Koppel Diekhorst gegangen sei, daß zu der an-

Digitized by Google

gegebenen Zeit auf der gedachten Koppel neu aufgegangener Klee gestanden, und daß die Schaafe durch Auskratzen und Niedertreten desselben, sowie durch Beschädigung der Wälle dem Kläger Schaden und welchen zugefügt hätten.

Diesen Beweis trat der Kläger durch Zeugen und Sachverständige, eventuell durch Eidesdelation an, indem er über die Negative des Beweissatzes, ausschließlich des zu beweisenden Schadens, dem Beklagten den Schiedseid deferirte.

Nachdem die von dem Kläger producirten Zeugen und Sachverständigen sowohl, als auch die von dem Beklagten adhibirten Sachverständigen ihre resp. Aussage beschafft hatten, auch ein Incidenstreit bezüglich des Sachverständigenbeweises durch obergerichtliches Decret entschieden war, erklärte der Kläger, er wolle, überzeugt von der gänzlichen Resultatlosigkeit seiner Beweisführung, das eingeleitete Zeugen- und Sachverständigenbeweisverfahren fallen lassen und sei bereit, die dem Beklagten durch dies Verfahren angeursachten Kosten zu erstatten; da er indeß den ihm auferlegten Beweis ausschließlich des zu erweisenden Schadens eventuell durch Eidesdelation angetreten habe, so wolle er hierauf nunmehr recurriren. Die Eidesdelation müsse nämlich in Betreff des Factums, daß Beklagter mit einer Heerde über Klägers Koppel gegangen sei, unbedingt zulässig erscheinen, weil, wenn dies Factum bewiesen werde, der Kläger jedenfalls mit dem einen Theil seines Klagantrages:

> daß Beklagter schuldig erkannt werde, sich in Zukunft aller derartigen Störungen, wie des Begehens der klägerischen Koppel mit einer Heerde Schaafe zu enthalten,

gehört werden müsse, wenngleich er selbstverständlich mit dem von ihm erhobenen Schadensanspruche, zu dessen Beweis er sich der Eidesdelation nicht bedienen könne, schon jetzt definitiv abgewiesen werden müsse.

Nachdem das Amthaus darauf den Kläger zur Erstattung der im Beweisverfahren angeursachten Kosten verurtheilt und ihn mit dem erhobenen Schadensanspruch ab- und zur Ruhe verwiesen, dem Beklagten aber aufgegeben hatte, sich über den Eid zu erklären, protestirte dieser

1) gegen die Zulässigkeit der Eidesdelation einmal, weil nur eine Klage auf Schadensersatz erhoben sei, dann aber auch, weil die producirten Beweismittel mit der Production gemeinschaftlich geworden seien, woraus, wenn auch nicht die Präsumtion, so doch jedenfalls die Möglichkeit gefolgert werden müsse, daß für den Beklagten ein vollständig erbrachter directer Gegenbeweis vorliege, der die Eidesdelation überflüssig mache,

2) ward bemerkt, die Eidesdelation sei auch deshalb unzulässig, weil der dem Kläger auferlegte Beweis ein copulativer sei, der als mißglückt gelten müsse, weil es gewiß sei, daß ein Theil desselben, der Schaden, nicht mehr erbracht werden könne,

3) in omnem eventum acceptirte Beklagter den deferirten Eid.

Das Amthaus verwarf indessen die vom Beklagten wider die Zulässigkeit der Eidesdelation vorgebrachten Proteste und beraumte zur Ableistung des von dem Beklagten acceptirten Eides einen Termin an.*)

---

*) Die diesem Decret vorangestellten Erwägungen lauten:

In Erwägung, daß dem Kläger, welcher die actio negatoria angestellt und auf Schadensersatz und auf das Verbot künftiger Störung seines Eigenthums angetragen hat, zu jeder Zeit des Processes freistehen muß, von diesen beiden Anträgen, von welchen jeder selbstständig für sich gestellt werden kann, den einen oder den andern fallen zu lassen und sich auf den zweiten Antrag zu beschränken;

in Erwägung ferner, daß daher das Beweisthema auch in der Weise interpretirt werden muß, daß es jedem dieser beiden Anträge für sich entspricht, daß daher, wenn das Beweisthema auch der Kürze des Ausdrucks wegen nur nach dem Antrage auf Schadensersatz formulirt ist, weil die mit Beziehung auf den Antrag wegen Unterlassung künftiger Eigenthumsstörungen zum Beweise zu stellenden Thatsachen schon in jenem umfassenderen Beweisthema enthalten sind, doch kein rechtliches Bedenken entgegenstehen kann, wenn der Antrag auf Schadensersatz wegfällig geworden, von dem lediglich Beziehung habenden Inhalt des Beweisthemas abzusehen und den Inhalt desselben auf die für den zweiten Klagantrag allein in Betracht kommende Thatsache, nämlich daß des Beklagten Heerde über die Koppel des Klägers gegangen sei, zu beschränken;

Digitized by Google

Durch diesen Bescheid erachtete Beklagter sich beschwert und erhob dagegen das Rechtsmittel der Supplication an das Herzogliche Obergericht. Seine Beschwerde stellte er dahin:

> daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr der Beklagte und Supplicant mit seinen Einreden wider die von dem Kläger und jetzigen Supplicaten versuchte Eidesbeweisführung dahin gehört, daß Kläger und Supplicat mit dem Eide pure, eventuell angebrachtermaaßen zurückgewiesen worden ist, ref. exp.

Es steht daher zur Frage: ob diese Beschwerde für begründet zu erachten ist.

In Erwägung nun, daß die Behauptung des Supplicanten, der Beweis sei als ein copulativer auferlegt, daher dürfe beim Mißlingen eines der zu erbringenden Beweise überall nicht mehr auf die Eidesdelation recurrirt werden, deshalb unbegründet ist, weil das Klagpetitum nicht nur auf Schadenersatz, sondern auch auf Verbot fernerer Störung lautet und demgemäß das Beweisthema nur für den Anspruch auf Schadensersatz als ein copulatives aufzufassen ist, während zur Begründung des zweiten in der Klage ausdrücklich hervorgehobenen Factums, daß der Supplicant schuldig erkannt werde, sich in Zukunft jeder ähnlichen Störung zu enthalten, der Nachweis des Umstandes genügt, daß Supplicant mit einer Heerde Schaafe zur angegebenen Zeit über des Supplicaten Koppel gegangen ist, und daß, um dies darzuthun, Supplicat auf die Eidesdelation recurriren darf;

in Erwägung, daß durch die Production die Beweismittel gemeinschaftlich werden und in Folge dessen der Producent zwar auf die für ihn vortheilhaften Resultate der Beweisführung Verzicht leisten, nicht aber die producirten Beweismittel in der Art fallen lassen kann, daß dadurch auch dem Gegner die Benutzung der für ihn günstigen Ergebnisse entzogen würden,

cf. Bayer, Vorträge § 281 (8. Auflage),
Linde, im Archiv für civ. Praxis, XXIV, S. 77 ff.;

in Erwägung, daß solchemnach dem Supplicanten freigestanden haben würde, die Ansetzung eines Deductionstermins bei dem Amthause zu veranlassen, um aus dem beiderseitig beigebrachten Beweismaterial nachzuweisen, daß das Gegentheil des dem Supplicaten auferlegten Beweises erbracht und demnach auch eine Eidesleistung überflüssig und unzulässig sei;

in Erwägung, daß der Supplicant solchen Antrag aber nicht gestellt, sondern nur die Zurückweisung des vom Supplicaten deferirten Eides, sowie vollständige Abweisung desselben mit der angestellten Klage beantragt hat, und

in Erwägung, daß dieser Antrag unbegründet ist, indem dem Richter das Beweismaterial noch gar nicht zur Prüfung vorgelegen und daher ungewiß ist, ob in dem Beweismaterial ein Gegenbeweis ganz oder zum Theil enthalten,

wird auf die am 3. November v. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift, nach eingezogener hieneben in Abschrift mitgetheilter Gegenerklärung dem Supplicanten, hierdurch vom Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, dem Supplicaten die auf 40 ℛ bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 20. Juni 1864.

---

in Erwägung ferner, daß die Beweismittel freilich durch die Production derselben gemeinschaftlich werden, und folglich, falls die Vernehmung der Hauptbeweiszeugen wesentliche Resultate zu Gunsten des Gegenbeweisführers ergeben haben, die Benutzung des Schiedseides unstatthaft ist, daß aber dieser Grundsatz hier nicht in Betracht kommt, weil der vom Kläger versuchte Zeugen- und Sachverständigenbeweis solche Resultate für den Beklagten nicht erbracht hat;

in Erwägung, daß demnach des Protestes und der Einreden des Beklagten ungeachtet, dem Kläger freigelassen werden muß, auf den Schiedseid, so wie geschehen, zu recurriren.

Digitized by Google

Ueber die Berechnung der Recurssumme bei Alimentationsklagen.

In Sachen des Dienstknechts Fritz Wulf aus Rathjensdorf, jetzt zu Neustadt, Beklagten und Producten, jetzt Supplicanten,

wider

das Dienstmädchen Caroline Rosette Henriette Bendfeldt c. c. zu Grömitz, Klägerin und Producentin, jetzt Supplicatin,

hauptsächlich wegen Schwängerung s. w. d. a., inzwischen Beweises, daher jetzt die Supplication betreffend gegen das Magistraterkenntniß vom 30. November v. J.,

wird,

in Erwägung, daß der Supplicatin, welche gegen den Supplicanten wegen außerehelicher Schwängerung klagbar geworden, durch das Erkenntniß des Neustädter Magistrats vom 30. November v. J. die Leistung eines Erfüllungseides zuerkannt worden, wobei der Supplicant für den Fall der Ableistung desselben zur Entrichtung von 16 ℔ R.-M. an Wochenbettskosten, 24 ℔ pro defloratione und 40 ℔ Alimentengelder für die bis zum 19. December 1862 verflossenen beiden Lebensjahre des Kindes, sowie zur Leistung von 20 ℔ R.-M. jährlich zur Unterhaltung des Kindes, vom 19. Decbr. 1862 angerechnet, bis zum 18. Lebensjahre desselben, event. bis es nach der Confirmation einen eigenen Stand ergriffen, verurtheilt worden ist;

in Erwägung, daß der Supplicant gegen dies Erkenntniß hieher supplicirt und sich über die geschehene Erkennung des Erfüllungseides beschwert, die Supplicatin aber in ihrer eingezogenen Gegenerklärung die Statthaftigkeit des zur Hand genommenen Rechtsmittels mit Rücksicht darauf bestritten hat, daß im vorliegenden Falle die für die Appellation vorgeschriebene Berufungssumme nicht vorhanden sei;

in Erwägung, daß nach dem § 2 Nr. 3 der Verordnung vom 22. August v. J., betr. die Appellation und Supplication an die Oberdicasterien, für die Berechnuug der Berufungssumme, wenn auf bestimmte Jahre beschränkte jährliche Leistungen zu Frage stehen, der Gesammtbetrag der jährlichen Forderungen, welche den Gegenstand der Beschwerde bilden, zusammenzulegen ist und daß bei der Anwendung dieses Grundsatzes sich das Vorhandensein der Appellationssumme im gegenwärtigen Falle und damit die Unstatthaftigkeit der von dem Supplicanten ergriffenen Supplication als nicht zweifelhaft ergiebt, indem die Berufung des Supplicanten darauf, daß bei der Ungewißheit der Lebensdauer des Kindes der Supplicatin eine Zweifelhaftigkeit der Berufungssumme anzunehmen sei, welche ihn nach dem § 30 der vorerwähnten Verordnung zur Wahl zwischen der Appellation und Supplication berechtige, nicht in Betracht kommen kann, da die Möglichkeit, daß der Betrag der Summe, auf welche der Supplicant eventuell verurtheilt ist, durch einen frühzeitigen Tod des Kindes sich mindere, einer genauen Schätzung des Betrages, auf welchen zur Zeit seine Verurtheilung lautet, nicht engegensteht;

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 2. Februar d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß auf die von ihm ergriffene Supplication gegen das Erkenntniß des Neustädter Magistrats vom 30. November v. J. nicht eingetreten werden könne, Supplicant auch schuldig erkannt, der Supplicatin die auf 28 ℔ 12 ß bestimmten Kosten ihrer Gegenerklärung binnen 4 Wochen, ab insin, zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 1. Juni 1864.

Criminalfälle.

Veruntreuung öffentlicher Gelder.

In Untersuchungssachen wider den suspendirten Amtsverwalter Kammerrath Rahe zu Rendsburg,

wegen Veruntreuung öffentlicher Gelder,

ergeben die Acten:

Digitized by Google

Bei einer im September v. J. auf der von dem Kammerrath Rahe verwalteten Amtstube vorgenommenen Kassenrevision ist nur ein Kassebehalt von 408 ℛ 69 ß vorgefunden worden, während in Kasse sein sollte:

1) für den Invalidenfond	419 ℛ	69 ß
2) für den allgemeinen Schulfond .	565 „	— „
3) deponirte Gelder	1022 „	77 „
4) für die Königliche Kasse . . .	3700 „	93 „
5) für die Amtsanlagekasse des Amtes Rendsburg	938 „	34½ „
zusammen	6647 ℛ	35½ ß
so daß sich darnach bei Abzug des Behaltes von	408 „	69 „
ein Defect von	6238 ℛ	62½ ß

herausgestellt hat.

Hierzu sind noch hinzugekommen aus andern Defectsummen:

1) die in der ersten Hälfte des v. J. vom Magistrate der Stadt Rendsburg abgelieferten der Königl. Kasse zukommenden Brüchgelder im Betrage von	101 „	— „
2) die von dem Rendsburger Stadt-Secretariate an die Rendsburger Amtstube abgelieferte Halbprocent-Erbschaftssteuer für den Nachlaß des verstorbenen Israel Elkan mit . . .	432 „	78 „
3) eine der Amtsanlagekasse des Amts Rendsburg aus der Königlichen Kasse zu vergütende Summe als Entschädigung für getödtetes mit der Lungenseuche behaftetes oder verdächtiges Vieh mit	530 „	24 „
4) die für den Uebergang der Kornwassermühle zu Bauzen nach der Kaufsumme von 28020 ℛ an die Amtstube gezahlte Halbprocentsteuer mit . .	140 „	10 „
5) an zuviel in Ausgabe gestellten Forstcultur-Ausgaben	500 „	— „
6) ein bezahlter und nicht in Einnahme gestellter Brüchposten von . .	48 „	— „
Latus	7990 ℛ	78½ ß
Transp.	7990 ℛ	78½ ß
7) an Hausteuer und Amortisationssteuer	200 „	75 „
8) der fehlende Behalt der der Amtstube zur Verwaltung übergebenen in Anlaß einer außerordentlichen Untersuchungscommission zur Bestreitung der Untersuchungskosten ausgeschriebenen Gelder zum Betrage von	4653 „	15½ „
Der Defect beläuft sich also im Ganzen auf die Summe von . . .	12844 ℛ	73 ß
Die Caution des genannten Beamten beträgt	6400 „	— „
so daß die Defectsumme die Caution um	6444 ℛ	73 ß

übersteigt.

Der Amtsverwalter Rahe, welcher die Richtigkeit der einzelnen Defectsummen anerkannt, hat die zur Deckung des Defectes erforderlichen Geldmittel nicht herbeischaffen können und nach in Folge Auftrages der Königl. Regierung stattgehabter gerichtlicher Untersuchung, bei der auch ein Defect von 384 ℛ 48 ß aus der Zeit, wo der Angeschuldigte bei der Centralkasse als Director angestellt gewesen, zur Erörterung gekommen, ohne daß jedoch hierüber nähere Aufklärung zu erlangen gewesen, hat er sich einem Erkenntniß auf Grund der Acten unterworfen und auf vorgängige Einreichung einer Vertheidigungsschrift verzichtet.

In Erwägung nun, daß Angeschuldigter geständigermaaßen die in den verschiedenen ihm anvertraut gewesenen Kassen fehlende Summe in eigenem Nutzen verwandt hat, von ihm auch eingeräumt worden, daß er die gesetzliche Vorschrift, welche es allen Kassenbeamten zur Pflicht macht, die öffentlichen Gelder von den eigenen Geldern getrennt zu halten, nie beobachtet und schon im ersten Jahre, nachdem ihm die Bedienung eines Amtsverwalters des Amtes Rendsburg auf's Neue verliehen worden, Geld aus der Kasse genommen, demnächst auch fortgefahren ist, das zur Bestreitung seiner Ausgaben erforderliche Geld aus den in seinen Händen befindlichen öffentlichen Geldern zu entnehmen, bis endlich die Entdeckung des Defects seine Suspension veranlaßt hat; wie denn im Uebrigen auch

Digitized by Google

seine eigenen Angaben es außer Zweifel stellen, daß er bei den fortgesetzten Veruntreuungen sich schon längst in der Lage befunden, es sich nicht verhehlen zu können, daß er nicht im Stande sei, die nöthigen Geldmittel zur Deckung des Defectes herbeizuschaffen und daß die angeblich dennoch festgehaltene Hoffnung, es werde im entscheidenden Augenblick Hülfe kommen, keine Aussicht auf Verwirklichung habe;

in Erwägung, daß es für die rechtliche Beurtheilung keinen Unterschied machen kann, daß ein Theil der unterschlagenen Gelder aus denjenigen öffentlichen Geldern bestanden, die zur Bestreitung der Kosten einer außerordentlichen Untersuchungs-Commission von den einzelnen Criminaldistricten, über welche diese Kosten seiner Zeit repartirt worden, an die Rendsburger Amtstube einbezahlt waren, da Angeschuldigter auch diese Gelder in seiner Eigenschaft als Amtsverwalter in Folge eines speciellen Auftrages des Ministeriums für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg verwaltet hat;

in Erwägung, daß nach Vorschrift des § 21 der Verordnung vom 17. December 1781 ein Hebungsbeamter, welcher seine Eidespflicht so weit vergessen, daß er die erhobenen Gelder oder andere Intraden nicht vorgeschriebenermaaßen abgeliefert oder verwandt, sondern im eigenen Nutzen oder sonst eigenmächtig gebraucht, falls er nicht das Fehlende mit doppelten Zinsen ersetzen oder wenigstens dafür genügende Sicherheit bestellen kann, sein Amt verbrochen hat und überdies den Rechten gemäß zu bestrafen, auch zur Erstattung des Fehlenden nebst doppelten Zinsen zu verurtheilen ist;

in Erwägung, daß die Strafbestimmungen der Verordnungen vom 21. November 1718 und 20. Februar 1735, denen zufolge ein Hebungsbeamter, der die ihm anvertrauten Gelder im eigenen Nutzen verwandt hat, für unehrlich zu erklären und zur Festungsarbeit bis zur erfolgten Zahlung seiner Schuld zu verurtheilen ist, zwar nicht durch die Verordnung vom 17. Decbr. 1781 aufgehoben worden, aber unter dem Einfluß der milderen Grundsätze, die sich überhaupt seit Erlassung dieser Gesetze in dem Strafrecht geltend gemacht haben, in der Praxis dahin gemildert worden sind, daß an die Stelle der Strafe der Ehrlosigkeit Verlust besonderer Ehrenrechte getreten und im Uebrigen je nach den concreten Umständen des einzelnen Falles eine Zuchthausstrafe oder Festungsstrafe zweiten Grades von kürzerer oder längerer Dauer erkannt worden;

in Erwägung, daß im vorliegenden Fall erschwerend in Berücksichtigung kommt, daß der Angeschuldigte, welcher unterm 30. Januar 1853 einen Homagial- und Diensteid schriftlich abgeleistet hat, schon gleich im selbigen Jahre aus den ihm anvertrauten Kassen Geld entnommen, um es in seinem Nutzen zu verwenden, auch von Anfang an die gesetzliche Vorschrift, die es ihm zur Amtspflicht macht, die öffentlichen Gelder stets von dem eigenen Gelde getrennt zu halten, nicht beobachtet und bis zur Entdeckung des Defectes fortwährend seine eigenen Privatausgaben aus der öffentlichen Kasse mitbestritten hat, und

in Erwägung endlich, daß unter diesen Umständen und bei Berücksichtigung der Größe des Defectes, welcher nur ungefähr bis zur Hälfte durch die bestellte Caution gedeckt wird, die Erkennung einer mehrjährigen Zuchthausstrafe geboten erscheint,

wird hierdurch von Obercriminalgerichtswegen für Recht erkannt:

> daß der Amtsverwalter Kammerrath Rahe zu Rendsburg wegen Veruntreuung öffentlicher Gelder seines Amtes, wie seines Titels und Ranges für verlustig zu erklären, auch zu einer zweijährigen Zuchthausstrafe zu verurtheilen und zur Erstattung des durch die bestellte Caution nicht gedeckten Defectes zum Betrage von 6444 ℛ 73 ß nebst 8 Procent Zinsen, so wie zur Erstattung der Kosten der stattgehabten Untersuchung schuldig zu erkennen sei.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 23. Octbr. 1863.

Der Amtsverwalter Rahe supplicirte gegen dies Erkenntniß an das Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht, worauf von diesem die nachstehende Entscheidung erfolgte:

Auf die mit dem Berichte des Rendsburger Amthauses unterm 23. April d. J. hieselbst eingegangene

Digitized by Google

Supplicationsschrift für den von dem Holsteinischen Obercriminalgerichte unterm 23. October v. J. wegen Veruntreuung öffentlicher Gelder seines Amtes, Titels und Ranges verlustig erklärten, zu einer zweijährigen Zuchthausstrafe verurtheilten und zur Erstattung des durch die bestellte Caution nicht gedeckten Defectes zum Betrage von 6444 ℛ 73 ß nebst 8 Procent Zinsen, so wie der Untersuchungskosten schuldig erkannten Amtsverwalter Kammerrath Rahe in Rendsburg,

wird,

in Erwägung, daß aus dem Berichte des Holsteinischen Obercriminalgerichts vom 8. Juni d. J. hervorgeht, daß in den seit dem Jahre 1826 wiederholt wegen Veruntreuung öffentlicher Gelder vorgekommenen Untersuchungssachen nicht Zuchthausstrafe, sondern Festungsarrest erkannt worden ist, und daß das Oberappellationsgericht bereits in den Entscheidungsgründen zu dem in Untersuchungssachen wider den Hardesvogt Hagedorn zu Rödding wegen Unterschlagung öffentlicher Gelder u. s. w. unterm 7. Januar 1837 abgegebenen Erkenntnisse ausgesprochen hat, daß eine vieljährige Praxis der Herzogthümer, wenn keine anderweitige schwere Verbrechen mit der Unterschlagung concurrirten, Festungsarrest als die in dem § 21 der Verordnung vom 17. December 1781 erwähnte, den Rechten gemäße Strafe zur Anwendung gebracht habe; daß mithin die Praxis, wonach in den nicht besonders erschwerten Fällen einer Unterschlagung öffentlicher Gelder nicht auf Zuchthausstrafe, sondern auf Festungsarrest zu erkennen, für hinreichend festgestellt zu erachten, daß aber die dem Supplicanten zur Last fallende Veruntreuung nicht besonders erschwert erscheint, folglich Supplicant anstatt zur Zuchthausstrafe zu einem angemessen zu verlängernden Festungsarrest zu verurtheilen ist;

hiedurch der Bescheid ertheilt:

daß das Erkenntniß des Holsteinischen Obercriminalgerichts vom 23. October v. J., insoweit Supplicant durch dasselbe zur Zuchthausstrafe verurtheilt wird, aufzuheben und Supplicant zu vierjährigem Festungsarrest zweiten Grades zu verurtheilen, daß es im Uebrigen bei dem angefochtenen Erkenntnisse sein Bewenden zu behalten habe.

Die Rechnung des Defensors wird auf 100 ℛ bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzoglichen Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 27. Juni 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

32. Stück. — Den 8. August 1864.

Entscheidungen.

Ueber die Beweiskraft eines in einer Criminaluntersuchung erstatteten gerichtsärztlichen Gutachtens im Civilproceß. — Die Amtssecretaire der Oberbeamten sind zur Vornahme amtlicher Beglaubigungen befugt.

In Sachen der Müller Paustian und P. Thiedemann in Heide, tut. noie. des unmündigen J. Thiedemann in Wittenwurth, Beklagten, jetzt Supplicanten,

wider

die Dienstmagd Anna Magdalena Hansen in Fedbringen c. c. c., Klägerin, jetzt Supplicatin,

betreffend hauptsächlich Schwängerungsansprüche, jetzt Supplication wider ein Erkenntniß des Norderdithmarscher Gerichts vom 20. Octbr. v. J.,

ergeben die Acten:

Der Klägerin, welche vor der Norderdithmarscher Landvogtei eine Schwängerungsklage gegen den Pupillen der Beklagten erhob, wurde unterm 24. Juni 1862 zu beweisen auferlegt:

entweder: daß derselbe ihr in der Zeit vom 1. bis zum 29. December 1860 fleischlich beigewohnt habe,

oder: daß er in der Zeit vom 29. Decbr. 1860 bis Ende Januar 1861 den Beischlaf mit ihr vollzogen habe und daß das am 30. Juni 1861 von ihr geborne Kind als Frühgeburt zur Welt gekommen sei.

Sie trat diesen Beweis dadurch an, daß sie dem Pupillen der Beklagten über die zweite Alternative den Schiedseid deferirte. Die Beklagten wählten dagegen die Gewissensvertretung und producirten zu dem Ende die beglaubigte Abschrift eines gerichtsärztlichen Gutachtens, welches in der von der Norderdithmarscher Landvogtei gegen die Klägerin wegen heimlicher Geburt eines nachher todt gefundenen Kindes geführten Untersuchung unterm 27. Juli 1861 erstattet war.

Nach stattgehabtem Deductionsverfahren, in welchem die Beklagten zunächst ihre Gewissensvertretung als gelungen, eventuell die Eidesdelation über die Unreife des Kindes der Klägerin als unzulässig darzustellen suchten, in omnem event. aber den Eid über den zweiten Theil des Eidesthema als Glaubenseid acceptirten, erkannte das Norderdithmarscher Gericht unterm 20. Octbr. / 3. Novbr. v. J.:

daß Beklagte in qual. qua dasjenige, was von ihnen zur Gewissensvertretung zu beweisen unternommen, nicht erwiesen hätten, ihr Mündel daher schuldig sei, persönlich den von der Klägerin deferirten Schiedseid acceptirtermaaßen de credul. zu leisten,

wobei sie in die Kosten, welche durch die Gewissensvertretung entstanden, verurtheilt worden sind.*)

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß das zum Beweise mittelst Gewissensvertretung abschriftlich eingelegte gerichtsärztliche Gutachten, ein in einem Criminalprocesse erwachsenes und nur für diesen bestimmtes Instrument, in der vorliegenden Form in dem gegenwärtigen Civilprocesse keine beweisende Kraft hat, somit die unternommene Gewissensvertretung als gänzlich miß-

Digitized by Google

Hiegegen haben die Beklagten supplicirt und sich zunächst über die Verwerfung des unternommenen Beweises, eventuell über die Zulassung des Schiedseides, in omnem event. über die Verurtheilung zur Erstattung der Kosten beschwert.

Die Gegenerklärung der Supplicatin ist in der für dieselbe präfigirten Frist nicht eingegangen und steht nunmehr zur Frage, ob die von den Supplicanten erhobenen Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß das Norderdithmarscher Gericht dem von den Supplicanten producirten gerichtsärztlichen Gutachten die beweisende Kraft für den vorliegenden Proceß deshalb abgesprochen hat, weil es ein in einem Criminalproceß erwachsenes und nur für diesen bestimmtes Instrument sei; daß nun zwar das Gutachten in einem Criminalverfahren erwachsen und zunächst für dieses bestimmt gewesen, es indessen an aller Berechtigung zu der Behauptung fehlt, daß es auch ausschließlich für dasselbe bestimmt sei, demnach in einem Civilproceß gar nicht als Beweismittel benutzt werden dürfe, vielmehr sich fragt, welches Gewicht nach formellen und materiellen Gründen diesem als Beweisurkunde inducirten Gutachten beizulegen sei;

in Erwägung, daß die Urkunde eine von der Landvogtei den Supplicanten auf ihren Antrag mitgetheilte, von dem Landvogteisecretair Schütt beglaubigte Abschrift des bei den betreffenden Untersuchungsacten sich befindenden, von den Doctoren Dohrn und Dührsen in Heide, welche die Obduction des von der Supplicatin am 30. Juni 1861 heimlich gebornen Kindes (desselben, über dessen Vaterschaft jetzt gestritten wird) vorgenommen haben, über die Resultate derselben an Norderdithmarscher Landvogtei erstatteten Gutachtens ist;

in Erwägung, daß demnach in formeller Beziehung, da ein Amtssecretair nach Maaßgabe seines auf die Ausübung sämmtlicher Actuariatsgeschäfte lautenden Eides,

cf. Rescript vom 1. September 1766, betreffend die Verhältnisse der Privatsecretaire der Oberbeamten,

auch zur Vornahme amtlicher Beglaubigungen für befugt zu erachten, an der Uebereinstimmung des Inhalts der Urkunde mit dem Original nicht zu zweifeln ist;

in Erwägung, daß in materieller Beziehung die für jeden gerichtlichen Act sprechende Präsumtion der Legalität die nöthige Garantie dafür giebt, daß bei den Ausstellern des Gutachtens die von den Gesetzen erforderte Qualification vorhanden gewesen ist, wogegen auch von der Supplicatin in der Unterinstanz keine thatsächlich begründete Einwendungen vorgebracht sind, und daß, wenn dies der Fall, in dem in Rede stehenden Gutachten ein Ausspruch vorliegt, welcher von der dazu berufenen und competenten wissenschaftlichen Autorität gerade gefällt worden ist und welcher, so wie derselbe ohne Zweifel für die Criminaluntersuchung maaßgebend gewesen, so auch in dem gegenwärtigen Processe als geeignet erscheint, die richterliche Ueberzeugung zu bestimmen;

in Erwägung, daß der in dem Gutachten enthaltene Ausspruch den von den Supplicanten zu führenden Beweis zur Gewissensvertretung vollständig erbringt, da nach dem Beweisinterlocut die Supplicatin die Frühzeitigkeit ihres am 30. Juni 1861 gebornen Kindes in dem Sinne zu erweisen hatte, daß dasselbe von einem Beischlafe aus der Zeit vom 29. December 1860 bis Ende Januar 1861 herrühren könnte, in dem Gutachten aber ausgesprochen worden ist, daß das Kind ein reifes gewesen sei, welches jedenfalls die 36. Woche seines Fötallebens erreicht haben müsse, und

in Erwägung, daß demzufolge die erste Beschwerde der Supplicanten als begründet sich darstellt,

wird den Supplicanten auf ihre sub praes. den 28. December v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift von Obergerichtswegen, unter Beseitigung des angefochtenen Erkenntnisses des Norderdithmarscher Gerichts vom 20. October v. J., zum Bescheide ertheilt:

---

lungen zu betrachten ist, demnach lediglich auf den deferirten Schiedseid recurrirt werden muß;

in Erwägung, daß der Eid über die zweite Copulative des zweiten alternativen Beweissatzes, eventuell von den Beklagten in qual. qua ausdrücklich auch für deren eidesmündigen Pupillen acceptirt worden und Letzterer von den beiden Copulativen nur die Unwahrheit der einen zu beschwören gehalten ist; daß übrigens der Eid, weil es sich hier um ein nicht auf eigener Sinneswahrnehmung des Delaten beruhendes Factum handelt, nur als Glaubenseid von demselben zu fordern steht;

in Erwägung, daß bei gänzlich verfehltem Beweise zur Gewissensvertretung der Probant pro exonerandā conscientiā die Kosten des in solcher Hinsicht verfehlten Beweisverfahrens zu tragen hat.

Digitized by Google

daß Supplicanten den von ihnen zur Gewiſſensvertretung unternommenen Beweis zur Genüge erbracht haben, Supplicatin daher mit der von ihr erhobenen Klage abzuweiſen, wie auch ſchuldig iſt, den Supplicanten die durch dieſen Proceß ihnen angeurſachten Koſten, ſoweit nicht darüber bereits anderweitig erkannt worden, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, ſobald ſie des Vermögens, zu erſtatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holſteiniſchen Obergerichte zu Glückſtadt, den 13. Juni 1864.

In welchem Stadium des Proceſſes bei einem Widerſtreit in den Ausſagen der Sachverſtändigen ein Obergutachten einzuziehen ſei.

In Sachen des Hufners Timm Hamann zu Schlamersdorf, reſp. im eignen Namen und tut. noie., Klägers und Supplicanten,

wider

den Schullehrer Johannes Wernecke daſelbſt, Beklagten und Supplicaten,

wegen einer wider des Klägers Sohn verſchuldeten Mißhandlung, dann um Einziehung eines superarbitrii, jetzt Supplication gegen den Beſcheid des Segeberger Conſiſtoriums vom 7. November v. J.,

ergeben die Acten:

Der Kläger hat gegen den Beklagten bei dem Segeberger Conſiſtorium eine Klage wegen Mißhandlungen angeſtellt, welche dieſer ſeinem Sohne in der Schule zugefügt habe, und es hat in Folge deſſen das Conſiſtorium ihm durch Interlocut vom 12. Septbr. 1862 den Beweis auferlegt:

daß in Folge der am 12. März 1862 (rect. 1861) durch den Beklagten erlittenen Körperſtrafe des klägeriſchen Sohnes Rücken geſchwunden, Haut und Fleiſch vielfach zerſchlagen und das Hemd an mehreren Stellen in Haut und Fleiſch getrieben geweſen; ſo wie daß ihm durch desfällige Cur und Pflege deſſelben reſp. 57 ℛ 90 ß, 7 ℛ 90 ß und 30 ℛ, eventuell wie viel weniger, erwachſen.

Dieſen Beweis trat der Kläger unter Anderm durch einen von dem Phyſicus Dr. Ackermann unterm 13. reſp. 14. März 1861 ausgeſtellten Atteſt an, während der Beklagte zur Führung ſeines Gegenbeweiſes neben andern Beweismitteln einen Atteſt des Dr. med. Happe in Oldesloe vom 25. April 1861 producirte.

Da beide Gutachten von einander abwichen, beantragte der Kläger in einer am 14. Mai v. J. beſchafften Eingabe unter Hinweiſung darauf, daß es in ſolchen Fällen zu der richterlichen Amtspflicht gehöre, ein Obergutachten einzuziehen, daß über die beiden Gutachten ein eingehendes superarbitrium des Holſteiniſchen Sanitätscollegiums eingezogen und in beglaubigter Abſchrift den Parteien mitgetheilt werden möchte.

In ſeiner hierüber eingezogenen Erklärung beantragte der Beklagte die Zurückweiſung des klägeriſchen Antrages, weil der Kläger dasjenige zur Parteiſache und zum Gegenſtand eines Antrages mache, was lediglich vorkommenden Falls Sache der richterlichen Reflexion und Amtspflicht ſei, und weil die Einziehung eines Obergutachtens vorausſetze, daß wirklich Sachverſtändige als ſolche, und nicht etwa die reſp. Gutachten als Urkunden producirt ſeien, wie im gegenwärtigen Falle geſchehen ſei, von der Einziehung eines superarbitrium des Sanitätscollegiums auch nach der Sachlage eine Ausbeute für das eingeleitete Beweisverfahren nach keiner Seite hin zu erwarten ſei.

Das Conſiſtorium ertheilte hierauf am 7. Novbr. v. J. zum Beſcheide:*)

---

*) Entſcheidungsgründe dieſes Beſcheides:

In Erwägung, daß die bisher bei dem Holſteiniſchen Sanitätscollegium ſtattgehabten Verhandlungen über eine Disciplinarbeſchwerde des Phyſicus Dr. Ackermann in Oldesloe wider den Dr. Happe daſelbſt, für die Entſcheidung in der vorliegenden Angelegenheit nicht weiter in Betracht kommen kann, es vielmehr lediglich darauf ankommt, ob die als Beweismittel vorgelegten ärztlichen Gutachten geeignet ſind, die Richtigkeit, reſp. Unrichtigkeit der zum Beweiſe verſtellten Thatſachen darzuthun, und wenn es auch allerdings nicht ausgeſchloſſen ſein würde, daß von Seiten des Conſiſtoriums, falls Solches nach Inhalt der Gutachten demnächſt für erforderlich und zur Aufklärung der Sache dienlich erachtet werden ſollte,

Digitized by Google

daß auf den Antrag des Klägers wegen Einziehung eines Obergutachtens und Mittheilung desselben an die Parteien nicht einzutreten, Kläger auch schuldig sei, dem Beklagten die Kosten dieses Incidentstreits, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, innerhalb Ordnungsfrist zu erstatten,

wogegen der Kläger hieher supplicirt und sich darüber beschwert hat:

1) daß nicht dem von ihm unterm 14. Mai v. J. gestellten Antrage pure stattgegeben,

2) eventuell, daß er in die Kosten des Incidentstreites verurtheilt worden.

Nach eingezogener Erklärung der Gegenpartei steht zur Frage, ob diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, daß das von dem Supplicanten gestellte Verlangen der Einziehung eines Obergutachtens zur Zeit schon aus dem formellen Grunde unstatthaft ist, weil eine Prüfung des von der einen und andern Seite unternommenen Beweises noch nicht zur Frage steht und das Gericht, dem es seiner Zeit obliegen wird, das Gewicht der in den beiderseitigen Gutachten enthaltenen Aussprüche zu erwägen, hiezu außer Stande ist, so lange die Zeugenrotuln noch uneröffnet sind und das Material des unternommenen Beweises noch keinen Anhaltspunkt dafür darbieten kann, in wie weit der Inhalt der fraglichen Gutachten überhaupt von wesentlichem Einfluß auf die Beweisführung sein wird;

in Erwägung, daß aber auch in materieller Hinsicht dem Verlangen des Supplicanten der Umstand im Wege steht, daß die Wahrnehmungeu der beiden Aerzte, über welche sie sich in ihrem Gutachten äußern, der Zeit nach aus einander liegen und daher ein Widerspruch zwischen von ihnen gemachten Wahrnehmungen gleichzeitiger Zustände, welcher möglicher Weise durch ein Obergutachten gehoben werden könnte, nicht vorliegt;

in Erwägung, daß daher das Consistorium mit Recht die beantragte Einziehung eines Obergutachtens zurückgewiesen hat, daß aber auch der Mangel aller Begründung des supplicantischen Antrags die Erstattung der durch denselben hervorgerufenen Kosten hat zur Folge haben müssen,

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 30. Novbr. v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, dem Supplicaten die zu 44 ℔ 9 ß bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 3. Juni 1864.

Ob die Verdächtigkeit eines Sachverständigen zu seiner Verwerfung berechtige.

In Sachen des Hofbesitzers Corniels Borchert in Besen und Hinrich Breyde zu Roßkopf, Kirchspiels Wewelsfleth, für sich und mand. noie. der übrigen Mitinteressenten des alten Fuß-Stördeichs zu Uhrendorf, Kläger und Producten,

wider

den Hofbesitzer Hinrich Schwarzkopf zu Uhrendorf, Beklagten und Producenten,

wegen schuldigen Beitrags zu den Kosten der Unterhaltung von Stackwerken, jetzt um Verwerfung des Deich- und Wasserbaudirectors Scheffer als Sachverständigen,

ergeben die Acten:

Durch Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 15./20. August 1863 ist den Klägern der Beweis auferlegt worden:

daß die in den Jahren 1846 und 1853 auf dem alten Fuß-Störde ich angelegten Stack- oder Parallelwerke ihrer Zweckbestimmung nach nur als Verbesserungen und Erweiterungen der im

---

von Amtswegen ein Obergutachten eingezogen würde, dies doch überall erst dann in nähere Erwägung wird kommen können, wenn die Resultate der gesammten Beweisführung vorliegen und es weder für motivirt noch auch für zulässig erachtet werden kann, nach stattgehabter Beweis- und Gegenbeweisaufnahme auf Antrag einer Partei ein solches Obergutachten einzuziehen und selbiges durch die beantragte Mittheilung an die Parteien zu einem neuen Beweismittel für letztere zu machen.

Digitized by Google

Jahre 1815 nach Anordnung des Deichinspectors Major v. Christensen dort angelegten Stackwerke zu betrachten seien.

Nach Antretung dieses Beweises hat Beklagter gleichfalls den ihm vorbehaltenen Gegenbeweis angetreten und in seiner Antretungsschrift nebst anderweitigen Beweismitteln sub III als einen der Sachverständigen den Deich- und Wasserbaudirector Scheffer in Altona denominirt. Kläger haben darauf mittelst Eingabe vom 27. Januar d. J. den gedachten Sachverständigen in dieser seiner Eigenschaft für den vorliegenden Rechtsstreit als im höchsten Grade verdächtig und absolut verwerflich bezeichnet, und zwar mit Rücksicht darauf, daß er in einem von ihm herrührenden von dem Beklagten zu den Acten gebrachten Schriftstück sich in Betreff der Entscheidung des unter den Parteien obschwebenden Rechtsstreits bereits zu Gunsten des Beklagten geäußert habe. Unter Berufung darauf, daß nach dem überwiegenden Zeugniß der bewährtesten Auctoritäten auch nur einiger Verdacht der Parteilichkeit eines Sachverständigen zu dessen Verwerfung hinreichenden Grund darbiete, indem in Betreff der Verwerfung eines Sachverständigen die nämlichen Grundsätze Anwendung fänden, welche für die Recusation des Richters gelten, so wie mit dem Anführen, daß überdies die Besorgniß ungebührlicher und verfänglicher Influenz ableiten des denominirten Sachverständigen auf den ihm amtlich untergebenen und neben ihm als Sachverständigen denominirten Deich- und Wasserbauconducteur Fülscher nahe liege, haben Kläger einen Bescheid dahin beantragt:

> daß der von dem Beklagten und Producenten als Sachverständiger denominirte Deich- und Wasserbaudirector Justizrath Scheffer unzulässig und zu verwerfen, Beklagter auch schuldig, den Klägern die Kosten dieses Incidentverfahrens binnen 4 Wochen zu erstatten.

Beklagter hat zu deduciren gesucht, daß die in Betreff der Zulässigkeit der Verwerfung Sachverständiger vom Kläger geltend gemachte Theorie in dem behaupteten Umfange practisch keine Anwendung gefunden habe, auch die Besorgniß, daß der denominirte Sachverständige einen ungebührlichen Einfluß auf den ihm untergebenen Deich- und Wasserbauconducteur Fülscher äußern möchte, als eine grundlose mit dem Bemerken bezeichnet, daß es dem Director Scheffer in dieser reinen Privatangelegenheit im Allgemeinen völlig gleichgültig sei, wie der Conducteur Fülscher sein Gutachten abgeben werde, und hat Beklagter daher um Verwerfung des klägerischen Antrags unter Verurtheilung derselben zur Kostenerstattung gebeten.

Es steht daher zur Frage, ob der klägerische Antrag für begründet zu erachten ist.

In Erwägung nun, daß zwar nicht zu ersehen ist, wie der Umstand, daß ein Sachverständiger schon in einem außergerichtlich abgegebenen Gutachten zu Gunsten der beweisführenden Partei sich ausgesprochen hat, ihn zur Abgebung eines richtigen Gutachtens in dem späteren Rechtsstreite unfähig machen sollte, daß aber nicht zu verkennen ist, daß seine Unbefangenheit dadurch alterirt wird, da für den Sachverständigen, welcher sich schon einmal gutachtlich ausgesprochen hat, die Neigung vorhanden sein wird, sich auch später in gleichem Sinne zu äußern,

cf. Seuffert's Archiv, XIII, Nr. 69;

in Erwägung, daß demzufolge der Deich- und Wasserbau-Director Scheffer, welcher dem Producenten die seinen Exceptionalien anliegende gutachtliche Aeußerung ausgestellt hat, in welcher er zu Gunsten desselben über die in Frage stehende Streitsache sich ausgesprochen, als verdächtiger Sachverständiger anzusehen ist, und es daher weiter sich fragt, ob diese seine Verdächtigkeit zu seiner Verwerfung berechtige;

in Erwägung, daß, wenn man auch die vom Gerichte von Amtswegen zur Beurtheilung technischer Fragen hinzugezogenen Sachverständigen als Gehülfen des Richters ansehen und auf selbige die für die Recusation des Richters geltenden Grundsätze zur Anwendung bringen will, doch die von einer Partei denominirten Sachverständigen als Beweismittel zu betrachten und nach Analogie des Zeugenbeweises zu beurtheilen, daher auch im Falle der Verdächtigkeit zuzulassen sind, wogegen um so weniger ein Bedenken obwalten kann, da andere Sachverständige nicht blos von der Gegenpartei vorgeschlagen, sondern auch von dem Richter, falls ihn die ihm vorliegenden Gutachten dazu veranlassen, von Amtswegen zugezogen werden können,

cf. Seuffert, l. c., S. 91;

Digitized by Google

in Erwägung, daß für die von dem Producten ausgesprochene Befürchtung, daß der Deich- und Wasserbau-Director Scheffer einen unzulässigen Einfluß auf den neben ihm denominirten Sachverständigen üben könne, kein genügender thatsächlicher Anhalt gegeben ist;

in Erwägung, daß demzufolge der von dem Producten gestellte Antrag auf Nichtzulassung desselben keine Berücksichtigung finden kann, daß jedoch die Kosten des Incidentstreits mit Rücksicht auf die Zweifelhaftigkeit der in Betracht kommenden Rechtsfrage zu vergleichen sind,

wird den Klägern und Producten auf ihre sub praes. den 14. März d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung hiedurch von Obergerichtswegen, unter Vergleichung der Kosten des Incidentstreits, zum Bescheide ertheilt:

daß auf ihren Antrag auf Verwerfung des von dem Beklagten und Producenten als Sachverständigen denominirten Deich- und Wasserbaudirectors Justizrath Scheffer nicht einzutreten sei.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 19. Juli 1864.

Criminalfälle.

Diebstahl und Unterschlagung.

Der Tischlermeister Ruppel in Segeberg war Mitältermann des dortigen Tischleramts und Rechnungsführer der dem Tischleramte gehörenden Amtslade und der Todtenlade. Als am 4. April d. J. die gewöhnliche Rechnung abgelegt werden sollte, hatte er sich aus Segeberg entfernt. Man schöpfte Verdacht einer begangenen Veruntreuung und die angestellte Nachsicht ergab, daß in der Todtenlade alles Geld, 108 ℔ 10 ß, und aus der Amtslade 394 ℔ ½ ß fehlten. Sowohl die Amts- wie die Todtenlade befanden sich im Hause des Mitältermanns Lütje; jede Lade wurde durch zwei Schlüssel verschlossen. Zur Amtslade hatten der Aeltermann Lütje und Ruppel jeder einen Schlüssel, die Schlüssel der Todtenlade waren dagegen ihren beiden Vorstehern, den Tischlermeistern Bornhöft und Langhann, zur Verwahrung überwiesen.

Von dem Segeberger Magistrat wurde gegen den Tischlermeister Ruppel eine Untersuchung eingeleitet. Er gestand sofort, die 394 ℔ ½ ß aus der Amtslade seit Michaelis v. J. nach und nach herausgenommen und verbraucht zu haben; er gestand ferner, daß er auch die 108 ℔ 10 ß aus der Todtenlade genommen habe, und bemerkte dabei, Bornhöft habe seinen Schlüssel bei Lütje, in dessen Hause die Lade in einer offenen Kammer gestanden, liegen gehabt; er habe sich denselben von Lütje geben lassen und mit einem krumm gebogenen Nagel das andere Schloß geöffnet. Er berief sich darauf, daß er durch Noth und Verlegenheit dazu gekommen sei, das Geld zu nehmen, und die Absicht gehabt habe, es zu ersetzen; da er es nicht habe ersetzen können, sei er davon gelaufen.

Der Inculpat wurde von dem Segeberger Magistrat durch Erkenntniß vom 28. April d. J. wegen ersten großen Diebstahls und Unterschlagung zu einer halbjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt. Er supplicirte hiegegen an das Holsteinische Obercriminalgericht und erhielt den nachstehenden Bescheid.

Auf die mit Bericht des Magistrats der Stadt Segeberg vom 22. v. M. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Advocaten J. Hedde in Segeberg, als gerichtlich bestellten Vertheidigers des Inculpaten Tischlermeisters Johann Leberecht Theodor Ruppel in Segeberg,

wegen angeschuldigten Diebstahls und Unterschlagung, daher wider das Straferkenntniß des Segeberger Magistrats vom 28. April d. J.,

wird,

in Erwägung, daß der Defensor zunächst geltend gemacht hat, daß der Inculpat seiner Behauptung nach die Gelder des Tischleramts mit der Absicht einer vorübergehenden Benutzung und demnächstigen Wiedererstattung genommen habe und daß demnach kein criminell strafbares Verbrechen, sondern nur eine Gebrauchsaneignung fremder Gelder vorliege;

in Erwägung, daß der zum Thatbestand sowohl des Diebstahls, wie der Unterschlagung fremder Gelder

Digitized by Google

erforderliche dolus allerdings auf Aneignung gerichtet sein muß und durch die Absicht der rechtzeitigen Wiedererstattung ausgeschlossen wird, indem alsdann ein lediglich dem Civilrecht anheimfallender widerrechtlicher Gebrauch fremder Gelder zum eigenen Nutzen vorliegt, daß aber auch ein dolus eventualis genügt, indem der Thäter das Bewußtsein hegt, er werde möglicherweise die Restitution der Summe zur rechten Zeit nicht bewerkstelligen können, und dennoch unbekümmert um diesen Erfolg und in eventueller Billigung desselben die Benutzung der Gelder vornimmt;

in Erwägung,

1) daß der Inculpat, nachdem der Defect entdeckt war, seinem in der Untersuchung abgelegten Geständnisse zufolge nicht im Stande gewesen ist, die dem Tischleramte entzogenen Gelder zurückzuerstatten, das Tischleramt sich vielmehr damit hat begnügen müssen, daß es für seine Forderung eine Hypothek erlangte und in der desfalls ausgestellten Obligation eine ratenweise Zurückzahlung zugesichert erhielt;

2) daß schon zur Neujahrsversammlung es dem Inculpaten nicht möglich gewesen war, den in dem vorhergegangenen Quartal entstandenen Defect zu decken, indem er zwar die Gelder der Todtenlade wieder in dieselbe hineingelegt hatte, in der Amtslade aber ein Betrag von 100—140 ℛ fehlte, welches nur deshalb unentdeckt blieb, weil die Gelder der Amtslade nicht nachgezählt wurden, und daß, wenn der Inculpat dessenungeachtet gleich nach der Neujahrsversammlung wiederum erhebliche Summen aus beiden Laden fortnahm, er nicht wohl die Hoffnung hegen konnte, bei demnächstiger Rechnungsablage zur Restitution der ganzen Summe jedenfalls im Stande zu sein, er vielmehr sich vorhalten mußte, daß er dann wahrscheinlich noch weniger, wie zu Neujahr, den Defect werde decken können;

3) daß der Inculpat, soweit ersichtlich, gar keine Schritte versucht hat, um bis zur Osterquartalsversammlung durch eine Anleihe oder in sonstiger Weise die benöthigte Summe sich zu verschaffen;

4) daß die Vermögensverhältnisse des Inculpaten unverändert geblieben und jedenfalls keine zufälligen Umstände und Unglücksfälle eingetreten sind, welche etwa seine Erwartung, daß er wegen Rückzahlung der Gelder Rath zu schaffen vermöge, durchkreuzt haben könnten, daß daher nicht zu ersehen ist, auf welche Hülfsquellen der Inculpat vergeblich sollte gerechnet haben, und daß, wenn er mit bloßen leeren Hoffnungen sich zu beschwichtigen suchte, andererseits auch klar ist, daß er das Fehlschlagen dieser Hoffnungen sich vergegenwärtigen mußte, und daß er in Wahrheit also völlig unbekümmert darum, wie es werden möge, sich der Amtsgelder bemächtigte;

5) daß der Inculpat durch seine frühere Bestrafung *) hinreichend gewarnt worden war, fremde Gelder nicht leichtsinnig in eigenem Nutzen zu verwenden, und daß sein Davonlaufen am Tage der Osterquartalsversammlung darauf hindeutet, wie er sich bewußt war, daß er in der Versammlung des Amts sein Verfahren nicht als bloßes eigenmächtiges Creditnehmen werde darstellen können, sondern daß er eine strafbare Handlung begangen habe;

in Erwägung, daß, wenn auch die Entscheidung der Frage, ob nach den ermittelten thatsächlichen Umständen ein dolus eventualis oder bloße culpa lata anzunehmen sei, nicht selten zu Zweifeln und Bedenklichkeiten Anlaß bietet, so doch die vorstehenden Gründe genügend sind, um die Ueberzeugung zu gewähren, daß der Inculpat nicht in bloßem Leichtsinn gehandelt und bei Entnahme der Gelder nicht den redlichen wahrhaften Willen gehabt hat, die rechtzeitige Restitution zu bewerkstelligen, sondern daß er auf's Gradewohl und in Kenntniß der Unzulänglichkeit seiner Mittel, also auch in dem Bewußtsein, daß er, wenn er nicht ganz unerwarteter Weise vom Glück begünstigt werde, zur Rückzahlung der für seine Verhältnisse bedeutenden Summe von 500 ℛ sich außer Stande finden müsse,

*) Der Inculpat war im Jahr 1858 in Untersuchung gerathen, weil er als gerichtlich bestellter Curator der Wittwe Nachtigall in Segeberg und ihr Assistent in der Vormundschaft die für seine Curandin erhobenen Gelder zu zweien Malen, anstatt sie ihren Gläubigern auszuzahlen, längere Zeit einbehalten und erst nach erfolgter wiederholter Mahnung abgeliefert hatte; er wurde durch Erkenntniß des Segeberger Magistrats wegen dieser groben Pflichtverletzung seiner Function als Curator enthoben und in eine Brüche von 4 ßß R.-M. verurtheilt.

Digitized by Google

die beiden Kassen des Tischleramts angriff, und daß ein solches Bewußtsein zum Thatbestand des Diebstahls und der Unterschlagung ausreichend ist;

in fernerer Erwägung, daß der Defensor darüber Beschwerde führt, daß die Wegnahme des Behalts der Todtenlade dem Inculpaten als Diebstahl und nicht vielmehr als Unterschlagung angerechnet worden ist:

in Erwägung, den Sachverhalt anlangend, daß zu Gunsten des Inculpaten angenommen werden muß, daß die Wegnahme der Gelder der Todtenlade mit Einwilligung seines Mitältermannes Lütje geschehen ist, da der Inculpat dies behauptet und seine Aussage bei dem verdächtigen Benehmen des Lütje keineswegs als unglaubwürdig angesehen werden kann;

daß nach den für die Todtenlade bestehenden Vorschriften dieselbe im verschlossenen Zustande der Obhut des Lütje übergeben sein, und ihre beiden Schlüssel in Verwahrsam von zwei Ladenmeistern bleiben sollten, demgemäß also Lütje nur Detentor der Lade selbst war, während ihr Inhalt sich in der Detention der beiden Ladenmeister befand;

daß jedoch factisch diese Vorschriften nicht observirt worden waren, indem der Ladenmeister Bornhöft bereits zu Neujahr seinen Schlüssel an Lütje mit der Bitte, auf der Quartalsversammlung ihn zu vertreten, so wie in der Meinung, daß er als Vorsteher der Lade abgehen werde, übergeben hatte, und von der Zeit an in Lütje's Gewahrsam geblieben war, Bornhöft sein amtliches Verhältniß zur Todtenlade als gelöst betrachtete und erst in der Osterversammlung erfuhr, daß noch gar kein Vorsteher für ihn eingetreten sei, derselbe also weder die Absicht noch auch die äußerliche Handhabe hatte, mittlerweile eine Aufsicht über die Todtenlade auszuüben, und demnach von einer Detention der Gelder der Todtenlade in seiner Person keine Rede sein kann, diese Detention vielmehr auf Lütje übergegangen war;

daß darnach der Fall sich so darstellt, daß der Inculpat mit Einwilligung eines der beiden Detinenten die Gelder genommen hat, daß aber die custodia des andern Ladenmeisters Langhorn, welcher seit Neujahr bis Ostern ununterbrochen seinen Schlüssel selbst in Verwahrsam hatte, davon nicht berührt wurde, und daß der Inculpat genöthigt war, anstatt dieses Schlüssels zum Oeffnen der Lade sich eines krumm gebogenen Nagels zu bedienen;

in Erwägung, daß, wenn eine Sache von Mehreren gemeinschaftlich detinirt wird, und alsdann einer der Custodienten oder mit dessen Erlaubniß ein Dritter die Sache wegnimmt, keine Unterschlagung, sondern Diebstahl vorliegt, da ungeachtet des animus furandi des einen Detentors die Sache immer noch in custodia verbleibt, und das Verbrechen des Diebstahls im Unterschied von der Unterschlagung nur dadurch bedingt ist, daß irgendwie in fremde Detention eingegriffen wird, daß demzufolge das Vergehen des Inculpaten in dem angefochtenen Erkenntnisse richtig bezeichnet worden ist, und

in Erwägung, daß die erkannte halbjährige Zuchthausstrafe dem Verschulden des Inculpaten angemessen ist,

hiedurch von Obercriminalgerichtswegen dem Supplicanten

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kostenrechnung des Defensors wird zu 36 ℔. bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 13. Juli 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

33. Stück. — Den 15. August 1864.

Entscheidungen.

Ueber den Recurs gegen Brücherkenntnisse, welche wegen verweigerter Leistung der Hand- und Spanndienste für communale Wegearbeiten abgegeben sind.

In Supplicationssachen der Hufnerin Doris Maack, verwittweten Glave, in Ninndorf c. c. m., Imploratin, jetzt Supplicantin,

wider

den Bauervogt Jürgen Kühl daselbst, Imploranten, jetzt Supplicaten,

wegen verlangter 13 ℔ 48 ß R.-M. für nicht geleistete Hand- und Spanndienste, daher Richtigkeitsbeschwerde und Supplication wider den Bescheid des Rendsburger Amthauses vom 26. Februar d. J.,

ergeben die Acten:

Die im Amte Rendsburg belegene Dorfschaft Ninndorf hatte auf Anordnung der Wegebehörde einen in ihrer Feldmark liegenden Weg in drei Jahren, von welchen das verflossene das dritte und letzte war, mit Grand zu befahren. Durch Communebeschluß war festgesetzt, daß diese Arbeit in Communion zu beschaffen und erst nach erfolgter Instandsetzung des Weges jedem Grundbesitzer eine bestimmte Strecke zur Unterhaltung zuzuweisen sei. Im vergangenen Jahre war der Grand von der Tappendorfer Feldmark herbeizuschaffen und wurde die Supplicantin, die Hufenbesitzerin Maack in Ninndorf, von dem Bauervogt Kühl zum Grandfahren angesagt für den 28. Octbr. v. J. mit 1 Wagen, für den 29. Octbr. mit 2 Wagen und für den 30. Octbr. wieder mit 1 Wagen. Die Supplicantin stellte aber keinen Wagen und so mußten nach der Erklärung des Bauervogts Kühl die übrigen Communemitglieder so viel länger fahren, um den dadurch entstandenen Ausfall an Wagen zu decken, da der 31. October der letzte Termin war, an welchem die Wegearbeit vollendet sein mußte.

Unterm 10. November v. J. wurde von der Hohenwestedter Kirchspielvogtei an das Amthaus einberichtet, daß nach Anzeige des Bauervogts Kühl in Ninndorf die Hofbesitzerin Maack daselbst die Leistung der angesagten Hand- und Spanndienste wiederholt verweigert und deshalb von dem gedachten Bauervogt darauf angetragen worden sei, höhern Orts das Erforderliche gegen die Eheleute Maack zu veranlassen. Das Amthaus erließ darauf unterm 14. Novbr. v. J. an die Supplicantin den Befehl, diese Dienste nach desfälliger Ansage Seitens des Bauervogts unweigerlich zu beschaffen, widrigenfalls dieselben würden verdungen und event. der Kostenbetrag gegen sie werde beigetrieben werden.

Die Communemitglieder glaubten sich indeß bei diesem Bescheide nicht beruhigen, vielmehr einen Ersatz für die von ihnen für die Supplicantin geleisteten Hand- und Spanndienste beanspruchen zu können, sie vereinigten sich dahin, 3 ℔ R.-M. für jede Fuhr und 48 ß R.-M. für die nicht geleisteten Handdienste zu verlangen, welches Geld alsdann in die Communekasse fließen und zu Communezwecken verwendet wer-

Digitized by Google

den solle. Der Bauervogt wurde beauftragt, eine desfällige Rechnung zu formiren und der Supplicantin zuzustellen. Als dieselbe die Bezahlung verweigerte, ließ der Bauervogt durch die Hohenwestedter Kirchspielvogtei die Rechnung bei dem Amthause zur Beitreibung einreichen, worauf unterm 9. Januar d. J. von dem Amthause nachstehender Befehl abgegeben ward:

„Nachdem der in dem diesseitigen Befehl vom 14. Novbr. v. J. enthaltenen Androhung gemäß die am 28., 29. und 30. October v. J. von der Hufnerin Doris Maack, verwittweten Glave, in Ninndorf zu leisten gewesenen resp. Hand- und Spanndienste durch den Bauervogt verdungen worden, wird der gedachten Hufnerin Doris Maack die diesfällige Rechnung mit der Aufgabe hierneben zugefertigt, den Betrag von 13 ℔ 48 ß R.-M. binnen 14 Tagen ab ins. bei Vermeidung der Pfändung an den Bauervogt Kühl in Ninndorf zu bezahlen."

Gegen diesen Befehl hat die Supplicantin die Einrede des erschlichenen Mandats opponirt und durch die Ausführung zu begründen gesucht, daß der Befehl vom 14. Novbr. v. J. eine Vorschrift für die Zukunft enthalte und daher keine rückwirkende Kraft haben könne auf die im October von ihr verweigerten Hand- und Spanndienste, auf welche sich die Rechnung des Bauervogts Kühl beziehe; dabei ist von ihr geleugnet, daß die qu. Dienste vom Bauervogt verdungen worden und die auf der Rechnung notirten Ausgaben dafür beschafft seien, indem diese Ansätze nur nach einem ungefähren Preise solcher Dienste berechnet seien. Darauf gestützt ist um Aufhebung des „Mandats" ref. exp. gebeten.

Das Amthaus ließ durch die Hohenwestedter Kirchspielvogtei den Bauervogt Kühl über diese Remonstration vernehmen und citirte darauf zum 26. Februar d. J. den Ehemann der Supplicantin, welcher, nachdem er von dem Inhalt der von dem Bauervogt abgegebenen Erklärung in Kenntniß gesetzt worden, auf die eingereichte schriftliche Eingabe Bezug nahm und ein Recht der Dorfschaft, die beanspruchten Kosten zu fordern, in Abrede stellte. Es wurde sodan in termino erkannt:

daß die Beklagte mit den vorgebrachten Einreden nicht zu hören, vielmehr schuldig sei, die eingeklagten 13 ℔ 48 ß nunmehr innerhalb 8 Tagen an den Bauervogt Kühl in Ninndorf einzuzahlen und der Hohenwestedter Kirchspielvogtei aufzugeben, für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung die bereits früher angedrohte Pfändung zu vollziehen, daß ferner die Beklagte in die angeurfachten Kosten zu verurtheilen und derselben zu erkennen zu geben, daß bei künftig unterlassener Leistung von Commüne-Hand- und Spanndiensten sie nicht nur zur Erstattung der dadurch veranlaßten Kosten, sondern außerdem auch in eine den gesetzlicheu Vorschriften entsprechende Brüche verurtheilt werden werde.

V. R. W.

Hiergegen hat die Supplicantin die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und Supplication an das Obergericht ergriffen und principaliter um Cassation des ganzen Verfahrens, namentlich des Befehls vom 9. Januar und des Bescheides vom 29. Februar unter Verurtheilung des Supplicaten Kühl, event. des Rendsburger Amthauses in die Kosten gebeten, event. die Wiederaufhebung des erschlichenen Amthausbefehls vom 9. Januar d. J. unter Verurtheilung des Supplicaten in die erwachsenen Kosten beantragt.

Bei Prüfung dieser Rechtsmittel wird zuvörderst die Frage zu entscheiden sein, welche gesetzliche Bestimmungen im vorliegenden Falle zur Anwendung kommen und in welchem Umfange folgeweise die Competenz des Obergerichts für diese Sache begründet ist. Sowohl das Rendsburger Amthaus, als der Anwalt der Supplicantin gehen von der Ansicht aus, daß die Fuhrverordnung vom 17. Decbr. 1845 maaßgebend sei, welche in §§ 43, 47 und 48 folgende Bestimmungen enthält: Der Fuhrpflichtige, welcher sich nicht zur vorgeschriebenen Zeit am Abfahrtsorte einfindet, verfällt in eine Brüche von 3 ℔ 12 ß und muß außerdem die Kosten der Fuhr nach der Extraposttaxe an die betreffende Communalkasse, aus welcher dem Fuhrberechtigten seine desfälligen Auslagen zu vergüten sind, bezahlen, die zur Erkennung der Brüche competente Behörde ist die richterliche Polizeibehörde; der Recurs geht an das Obergericht.

Andererseits giebt die Wegeverordnung vom 1. März 1842 in §§ 48, 51, 53 und 54 folgende einschlägige

Digitized by Google

Vorschriften: Die versäumte Erfüllung der Wegepflicht hat entweder Brüche oder Ausführung der Arbeiten auf Kosten des Pflichtigen zur Folge, namentlich wird das Ausbleiben der Pflichtigen von der Arbeit, zu der sie angesagt sind, in Ermangelung genügender Entschuldigungsgründe mit 30 ß Brüche polizeilich geahndet. Die zur Ausführung der Arbeiten nöthigen Kosten werden aus dem Districtswegefond oder der Communalkasse vorgeschossen und dann von dem Schuldigen executivisch beigetrieben. Der Recurs gegen die wegen Nichterfüllung der Wegepflicht verfügten Zwangsmaaßregeln und erkannten Brüchen geht an die Regiminalbehörde.

Die Ansicht des Rendsburger Amthauses hat als eine richtige nicht erachtet werden können, vielmehr sprechen überwiegende Gründe dafür, daß der hier fragliche Fall gemäß den Vorschriften der Wegeverordnung zu erledigen ist. Denn

1) über das Verhältniß älterer und neuerer Gesetze zu einander ist im Zweifel die Regel maaßgebend: lex posterior generalis non derogat priori speciali, und in der Fuhrverordnung ist keine Andeutung zu finden, daß dieselbe, die erst wenige Jahre früher wegen versäumter Wegearbeiten erlassenen Anordnungen wiederum habe beseitigen wollen;

2) wendet man die Fuhrverordnung auch auf die communalen Wegearbeiten an, so würde die Folge sein, daß gegen Brüchen und Zwangsmaaßregeln wegen versäumter Wegepflicht des Recurs quoad Fuhren an das Obergericht, quoad Handdienste an die Regiminalbehörde gerichtet werden müßte. Erwägt man ferner noch, daß die Wegepflichtigen, welche Fuhren zu stellen angesagt werden, oft auch gleichzeitig die zum Auf- und Abladen erforderlichen Handdienste zu leisten haben, weil die Zahl der in der Commüne vorhandenen ausschließlich Handdienstpflichtigen nicht ausreichend ist, so könnte sogar unter Umständen in einem einzelnen Falle einer vermeintlichen Renitenz eine zwiefache Recursnahme stattfinden, — ein Resultat, welches man der Gesetzgebung nicht wird zutrauen wollen;

3) die Fuhrverordnung zählt allerdings im § 6 unter den Communalfuhren auch diejenigen auf, welche für die den Communen obliegende Erbauung und Unterhaltung der öffentlichen Wege ꝛc. erforderlich sind. Aber daraus folgt noch nicht, daß ihre practischen Vorschriften auf alle Communalfuhren ohne Ausnahme bezogen werden dürfen.

Diese Verordnung hat nämlich einen doppelten Zweck:

Erstens sollten die verschiedenen Kategorien der Freifuhren genau gegen einander abgegrenzt werden, dies war nöthig

a) weil über die Erfüllung der Fuhrpflicht verschiedene Grundsätze aufgestellt wurden. Die allgemeinen Landesfuhren sollten in der Regel nicht in natura gefordert, sondern durch Miethfuhrwerk beschafft und sollte dann ein Theil der Kosten (2/3 der Extraposttaxe) als Steuer ausgeschrieben werden;

b) weil die Fuhrpflicht verschieden bestimmt wurde. Bei den allgemeinen Landesfuhren und den Domanialfuhren sollte die Pflichtigkeit nicht verändert werden und wurde namentlich in dieser Hinsicht das Herkommen als maaßgebend bezeichnet. Bei den Communalfuhren dagegen wurde es gestattet, durch Communalbeschluß auch die herkömmlich befreiten Communemitglieder zur Fuhrlast heranzuziehen, falls sie nicht besondere Befreiungsgründe nachzuweisen vermochten.

Aus diesen Rücksichten und da bis dahin die Grenzen der einzelnen Arten der Freifuhren ziemlich willkürlich gezogen wurden, war es erforderlich, genau anzugeben, welche Fuhren zu dieser oder jener Kategorie zu rechnen seien. Dies ist der theoretische oder allgemeine Theil der Fuhrverordnung.

Zweitens sollte in concreto das Verfahren bei Leistung einer Fuhr regulirt werden. Man kann dies den practischen oder besondern Theil der Verordnung nennen. In welchem Umfange die desfälligen Vorschriften normgebend sind, ergiebt sich aus nachstehenden einzelnen Voraussetzungen:

a) nach §§ 1 und 22 muß eine Requisition der Fuhr bei dem fuhrausschreibenden Beamten, sei es durch Vorlegung eines Fuhrpasses oder durch schriftliche Aufforderung, vorangehen, und soll nach § 41 für die beschaffte Fuhr quittirt werden.

Daraus folgt, daß es sich hier nur um solche Fuhren handelt, die einem Fuhrberechtigten auf dessen Verlangen geleistet werden. Dies wird bestätigt durch

Digitized by Google

§ 43, wornach, wenn der Fuhrpflichtige ausbleibt, dem Fuhrberechtigten, welcher sich anderweitig hat befördern müssen, seine desfälligen Auslagen zu vergüten sind.

Bei communalen Wegearbeiten handelt es sich um eine bloße Subrepartition und kann von einem fuhrberechtigten Subject im Sinne der Verordnung keine Rede sein;

b) nach § 43 hat das Ausbleiben eines Fuhrpflichtigen eine Brüche und außerdem die Pflicht zur Folge, die Kosten der Fuhr nach der Extraposttaxe zu vergüten. Der hier aufgestellte Maaßstab beweist, daß man, wie es auch im § 44 heißt, nur an eine Reise, eine eigentliche Beförderung gedacht hat. Es wird nicht möglich sein, bei Wegearbeiten die Kosten einer Fuhr, welche auf einen halben oder ganzen Tag angesagt war, nach der Extraposttaxe herauszurechnen.

Das Ergebniß ist darnach, daß die Fuhrverordnung in ihrem besonderen Theile, namentlich auch in ihren Strafbestimmungen, nur solche Fuhren supponirt, welche zur Beförderung reisender Personen zu leisten sind, und es ist damit hinreichend dargethan, daß die oben allegirten Vorschriften der Wegeverordnung durch die Fuhrverordnung nicht haben berührt werden können.

Wenn nun die vorliegende Sache nach den Vorschriften der Wegeverordnung zu behandeln und mit Rücksicht auf § 54 dieser Verordnung, wornach die Beschwerden wider die Zwangsmaaßregeln, welche wegen versäumter Erfüllung der Wegepflicht verfügt worden, an die vorgesetzte Administrativbehörde zu richten sind, die Gerichte nicht anders thätig werden dürfen, als wenn wegen Beitreibung der Brüchen und Arbeitskosten ihre Rechtshülfe verlangt wird, so folgt von selbst, daß das Obergericht lediglich als Recursinstanz im Executionsverfahren hat angerufen werden können, und daß es nach den über das Verhältniß der Justiz zur Administration bestehenden Grundsätzen nicht die materielle Richtigkeit der von der Administrativbehörde abgegebenen Bescheide, sondern nur die Gesetz- und Ordnungsmäßigkeit des stattgehabten Verfahrens einer Prüfung zu unterziehen hat. Demgemäß stehen folgende Fragen zur Entscheidung:

1) liegt ein formell rechtmäßiger Administrativbescheid vor, durch welchen die Supplicantin zur Erstattung einer Summe von 13 ℛ 48 ß an die Communekasse schuldig erkannt worden ist?

2) durfte die Rechtshülfe der Gerichte mit einem mandatum arctius beginnen?

3) ist die Remonstration der Supplicantin gegen den sie verurtheilenden Administrativbescheid ordnungsmäßig erledigt worden?

4) ist der Bescheid des Rendsburger Amthauses vom 26. Februar d. J., wodurch die Pfändung erkannt wurde, rechtskräftig?

(Der Beschluß folgt.)

Berichtigung.

In dem 31. Stück der Anzeigen d. J. ist S. 213 Z. 7 v. u. das Wort „nicht" wegzulassen, so daß der betreffende Passus des zweiten Entscheidungsgrundes zu lauten hat:

„Die Supplicatin aber die Statthaftigkeit des zur Hand genommenen Rechtsmittels mit Rücksicht darauf bestritten hat, daß im vorliegenden Falle die für die Appellation vorgeschriebene Berufungssumme vorhanden sei."

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

34. Stück. — Den 22. August 1864.

Die Schleswig-Holsteinischen Anzeigen werden von jetzt an auch Entscheidungen des Appellationsgerichts für das Herzogthum Schleswig enthalten. Die Redaction der desfälligen Mittheilungen hat der Herr Appellationsgerichtsrath Eckermann in Flensburg übernommen.

Glückstadt, den 17. August 1864.

Die Redaction.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Ueber den Recurs gegen Brücherkenntnisse, welche wegen verweigerter Leistung der Hand- und Spanndienste für communale Wegearbeiten abgegeben sind.

(Beschluß.)

In Erwägung nun, daß die Behauptung der Supplicantin, es sei zweimal in dieser Sache vom Amthause erkannt worden, nicht gegründet ist, indem der Befehl vom 14. Novbr. v. J. irrthümlich solche Communaldienste supponirt, auf deren Leistung annoch von der Communevertretung bestanden werde, während der Antrag des Bauervogts vielmehr auf eine entsprechende Vergütung für die von der Supplicantin nicht prästirten Fuhren, deren Nachleistung wegen Beendigung der Wegearbeiten nicht mehr convenirte, gerichtet war, demnach der beregte Befehl vom 14. November v. J. als gegenstands- und bedeutungslos erscheint;

in fernerer Erwägung, daß nach § 48 der Wegeverordnung die Obrigkeit, in deren Namen der Communevorsteher handelt, im Fall der Renitenz befugt ist, die Wegearbeiten mittelst öffentlichen Verdings oder Accords unter der Hand zur Ausführung zu bringen; daß, als der Bauervogt Kühl den übrigen Communeinteressenten eröffnete, daß, weil die Supplicantin ihre Fuhren nicht gestellt habe, sie jetzt soviel länger fahren müßten, um die Arbeit fertig zu bringen, damit ein Verding der 4 Fuhren der Supplicantin vorgenommen wurde, indem der Bauervogt nicht eine der Commune als solcher obliegende Last repartirte, sondern die der Supplicantin bereits adquotirte Wegearbeit den anwesenden Communeinteressenten zur Ausführung übertrug, wobei die stillschweigende Zusicherung einer angemessenen Vergütung selbstverständlich war; daß die Communeinteressenten dann einen Anspruch von 13 ℛ 48 ß R.-M. erhoben und an die Communekasse cedirten, für welche derselbe von dem Bauervogt geltend gemacht wurde; daß die Districtsobrigkeit ohne weitere Beweisführung selbst ermessen konnte, ob diese Vergütung in der Billigkeit begründet sei, und daß von dem Rendsburger Amthause die Summe applacidirt worden ist; daß demzufolge gegen den Befehl vom 9. Januar d. J., soweit er einen Erlaß der Wegedistrictsobrigkeit enthält, nichts zu erinnern sein kann;

in Erwägung, daß nach § 23 der Wegeverordnung die Beitreibung der Arbeitskosten auf executivischem Wege stattfinden soll, und daß also sofort mit einem Befehl unter Androhung der Pfändung, ähnlich wie bei Abgaben, wider die Supplicantin vorgeschritten werden durfte;

in Erwägung, daß die Remonstration der Suppli-

Digitized by Google

cantin gegen den Bescheid der Administrativbehörde, wodurch sie zur Zahlung der Summe von 13 ℛ 48 ß schuldig erkannt worden, gerichtet war und ihre ordnungsmäßige Erledigung gefunden hat, da es nicht erforderlich ist, daß auf schriftliche Remonstrationen in Administrativsachen gerade schriftliche Bescheide abgegeben werden, und da ferner der Ehemann der Supplicantin, welcher zur Vernehmung vorgeladen und dem das Erkenntniß publicirt wurde, ihr gesetzlicher Vertreter ist;

in Erwägung indeß, daß die Gerichte die Execution von administrativen Bescheiden so lange zu sistiren haben, als Remonstrationen gegen dieselben erhoben werden und solche nicht abgethan sind, daß die im Decrete vom 9. Januar d. J. präfigirte 14tägige Frist bei Einbringung der Remonstration der Supplicantin noch nicht abgelaufen war und daher das Rendsburger Amthaus, indem es in seiner administrativen Eigenschaft die Remonstration verwarf, qua Gerichtsbehörde nur das Decret vom 9. Januar d. J. wieder in Kraft setzen durfte, daß es aber in dem Bescheide vom 26. Februar d. J. vor Ablauf der 14tägigen Gelebungsfrist die Pfändung erkannt und damit eine nichtige Handlung begangen hat, und

in Erwägung, daß keine genügende Veranlassung vorliegt, die Kosten der Recursschrift dem Amthause aufzulegen,

wird auf die sub praes. den 10. März d. J. hieselbst eingegangene Vorstellung und Bitte nach eingezogenem Berichte des Rendsburger Amthauses hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß der Bescheid des Rendsburger Amthauses vom 26. Februar d. J., soweit darin die Pfändung erkannt worden, als nichtig wiederum aufzuheben und dagegen das Decret vom 9. Januar d. J. wieder in Kraft zu setzen sei.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 29. Juli 1864.

Ueber die Wirkung der Einrede des nicht gehörig und nicht rechtzeitig erfüllten Contracts gegen die Klage aus einer locatio operis.

In Sachen des Maschinenfabrikanten J. C. E. Lange in Flensburg, Klägers,

wider

den Dr. med. et chir. Happe in Oldesloe, Beklagten,

wegen schuldiger 1200 ℛ,

ergeben die Acten: daß unter den Parteien am 23. Juli 1861 ein Vertrag abgeschlossen ist, wodurch Kläger sich verpflichtet hat, folgende Anlagen zu den beigefügten Preisen, als

1) Wasserheizung . . . . . 1600 ℛ,
2) Wasserleitung . . . . . 1500 „
3) Gasleitung . . . . . 400 „
4) Sprachrohrleitung . . . . . 80 „ und
5) Glockenzüge . . . . . 70 „

für den Neubau des Beklagten zu liefern und herstellig zu machen und zwar so, wie die Fortschreitung des Baues es erfordere, jedoch die völlige Aufstellung und Vollendung erst, wenn das Gebäude von außen dicht sei. Dabei ist stipulirt worden, daß Beklagter von der accordirten Summe 1000 ℛ bei Unterzeichnung des Contracts, 1000 ℛ nach Legung der Haupttöhren, Kessel, Bassins ꝛc. und fernere 1000 ℛ am 1. Juli 1862 an den Kläger bezahlen, den Rest aber als Garantie bis zum 1. Mai 1863 zurückbehalten und mit 4 pCt. p. a. verzinsen solle. Wie unter den Parteien nicht streitig ist, hat Beklagter die Summe von 2450 ℛ an den Kläger bezahlt, den Rest aber von 1200 ℛ bisher nicht berichtigt.

Unter Bezugnahme auf Vorstehendes und mit dem Bemerken, daß der Contract durch eine spätere mündliche Nebenberedung in Betreff der Glockenzüge insofern eine Abänderung erlitten habe, als Beklagter dieselben auf Kosten des Klägers, weil letztere in der Accordsumme mit einbegriffen, von Hamburg habe beziehen und herrichten lassen, hat Kläger wider den Beklagten eine Klage auf Zahlung der rückständigen 1200 ℛ erhoben und zu deren Begründung vorgebracht:

In rechtzeitiger Erfüllung des Contracts habe Kläger in dem Maaße, wie der Bau fortgeschritten, und längst bevor noch das Gebäude von außen dicht gewesen, die Wasserheizung, Wasserleitung und Gaslei-

Digitized by Google

tung hergestellt und völlig fertig gemacht. Schon im Januar des Jahres 1862 habe er dem Beklagten hievon Anzeige gemacht und sich zur Ablieferung dieser Anlagen bereit erklärt, auch zu dem Ende nach desfälliger Abrede mit dem Beklagten zweimal das Haus geheizt gehabt. Beklagter sei aber an beiden Tagen ausgeblieben. So durch den Beklagten hingehalten, habe Kläger seine Uebersiedelung nach Flensburg vornehmen müssen, ohne abzuliefern. Er sei indeß mit dem Beklagten darüber im Einverständniß gewesen, daß er zum Zweck der Ablieferung wiederkommen wolle. Anstatt aber hierauf zu warten oder, wie sonst verabredet, den Schlossermeister Behrens als Vertreter des Klägers hinzuzuziehen, habe Beklagter im März 1862 auf eigene Hand Proben anstellen lassen, bei denen so ohne alle Sachkunde zu Werke gegangen, daß man zuletzt Behrens habe hinzurufen müssen, weil man nicht mehr aus noch ein gewußt habe. Auf die Anzeige hiervon und um die angeblich bei den Proben zu Tage gekommenen Mängel abzustellen, habe Kläger sich persönlich nach Oldesloe begeben, doch sei ein Versuch, sich mit dem Beklagten gütlich zu vereinbaren, gescheitert, indem der Beklagte einen ihm vorgelegten Entwurf zu einer Vereinbarung zu unterschreiben sich geweigert habe. Anstatt dessen habe Beklagter im April 1862 beim Oldesloer Magistrat einen Antrag auf Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtniß eingereicht, den er in der Replik wieder zurückgenommen habe. Dabei sei von dem Beklagten die Erklärung abgegeben, er werde sich jetzt ohne Verzug um Instandsetzung und Herstellung der fraglichen Anlagen anderweitig bemühen.

Wie erwähnt, habe Kläger die Wasserheizung, Wasserleitung und Gasleitung schon vor seiner Uebersiedelung nach Flensburg fertig hergestellt und die Ablieferung dieser Anlagen dem Beklagten wiederholt vergeblich offerirt. Kläger habe inzwischen die zu den Anlagen gehörigen polirten abtrennbaren Sachen, als Hähne, Arme und Lampen zur Gasleitung ꝛc., wieder abgenommen, damit sie im Bau, der im Februar 1862 lange noch nicht fertig gewesen, nicht beschmutzt und beschädigt würden. Bezüglich dieser Sachen sei aber zwischen dem Kläger und Beklagten verabredet worden, daß Behrens dieselben auf des Beklagten Begehren, was dieser in der seitdem verflossenen Zeit nicht gestellt, wieder anmachen solle. Nicht minder habe der zur Wasserleitung gehörende Badeofen nebst Badewanne fertig gestanden und habe nur aufgestellt zu werden brauchen. Die Sprachrohrleitung endlich habe nicht eher gemacht werden können, als bis der Neubau fast ganz fertig gewesen und habe Beklagter demnächst selbige auf eigene Kosten herstellen und anmachen lassen.

Im Nachsommer 1862 habe Beklagter fast sämmtliche vom Kläger hergestellte Anlagen wieder wegreißen lassen oder doch total verändern lassen, namentlich die Wasserheizung herausgerissen, die Röhren der Wasserleitung durch andere ersetzt, auch einen anderweitigen Badeofen nebst Badewanne angeschafft und hergerichtet.

Sonach habe Beklagter nicht bloß in ausdrücklichen Worten, sondern auch thatsächlich die Ablieferung der fraglichen Anlagen dem Kläger verweigert und ihm geradezu unmöglich gemacht, woraus sich von selbst ergebe, daß Beklagter schuldig sei, dem Kläger den Rest der Annahmesumme mit 1200 ℛ, unter Kürzung jedoch der nachweislichen Kosten der anderweitigen Anschaffung und Herstellung der Sprachrohrleitung und der Glockenzüge, auszukehren.

Um indessen jeder etwaigen Einrede des nicht oder nicht vollständig erfüllten Contracts von Seiten des Beklagten allen Vorwand von vorneherein abzuschneiden, erbiete sich Kläger event. nochmals zur contractlichen Herstellung und Ablieferung sämmtlicher qu. Anlagen, die Glockenzüge ungerechnet, und entgegne noch replicando, daß Beklagter seinerseits auch noch insofern den Contract nicht erfüllt habe, als er von den am 1. Febr. 1862 zu zahlenden 1000 ℛ nur Ct.ℛ 450 bezahlt, die übrigen 550 aber unberichtigt gelassen habe. Der Antrag sei demnach vollständig begründet:

> daß Beklagter schuldig erkannt werde, dem Kläger innerhalb Ordnungsfrist die libellirten Ct.ℛ 1200, jedoch unter Kürzung der nachweislichen Kosten der anderweitigen Anschaffung und Herstellung der Sprachrohrleitung und der Glockenzüge, nebst 5 pCt. Verzugszinsen, vom Tage der Insinuation angerechnet, an den Kläger zu bezahlen, unter Erstattung sämmtlicher Proceßkosten, des. et mod. ear. salv.

Dieser Klage hat der Beklagte vor der Einlassung außer den im Verhandlungstermin als erledigt zurückgenommene Einreden der fehlenden Caution für Widerklage und Kosten und der fehlenden Documentenedition

Digitized by Google

zunächst die Einrede des nicht erfüllten, nicht rechtzeitig und nicht vollständig erfüllten Contracts entgegengesetzt. Der angestellten Klage liege eine locatio conductio operis zum Grunde. Zur Erfüllung dieses Vertrages gehöre Seitens des conductor die Ablieferung des übernommenen opus mit der seiner Bestimmung entsprechenden Beschaffenheit desselben, welche entweder so geschehen könne, daß der conductor die Approbabilität des angefertigten Werkes dem locator nachweise und demselben dann das Werk zur Disposition stelle, oder so, daß der Letztere das Werk ohnedies als approbabel annehme. Diese Verbindlichkeit, die auch in den Rechtsquellen erwähnt werde und aus der Natur der Sache nicht minder als aus dem unter den Parteien abgeschlossenen Contract sich ergebe, sei auch wiederholt unter Anderem noch in der Klage vom Kläger selbst anerkannt. Hieraus ergebe sich von selbst, daß die Klage unbegründet sei, wenn Kläger diese Verbindlichkeit nicht erfüllt habe. Daß dies aber nicht geschehen, sei actenkundig, da Kläger nicht behauptet habe, daß er 3 Anlagen, Wasserheizung, Wasserleitung, Gasleitung, fertig gemacht und deren Ablieferung gewollt habe.

Sein Anerbieten, noch jetzt abzuliefern, komme zu spät, da das Haus längst fertig sei. Eben so wenig könne die Behauptung nützen, daß er sich früher zur Ablieferung bereit erklärt habe, da Kläger nicht behauptet, daß diesem Wollen die That gefolgt sei oder daß Beklagter ihn an der Erfüllnng der Offerte gehindert habe. Nach der eigenen Darstellung des Klägers habe Beklagter diesem bis zum Nachsommer 1862 Zeit gelassen zur Ablieferung und erst da habe Beklagter sich entschließen müssen, um ein heizbares Haus für den Winter zu erhalten eine anderweitige Herstellung der vom Kläger übernommenen Anlagen beschaffen zu lassen. Hieraus ergebe sich nun liquide, daß Kläger den Contract, aus welchem er klage ,nicht erfüllt habe. Andererseits habe er ihn nicht vollständig erfüllt, weil der eigenen Angabe des Klägers zufolge die Glockenzüge und Sprachrohrleitung überhaupt nicht von ihm angefertigt und von den andern einzelne Theile und Stücke fehlten, wie Arme, Lampen und Uhr zur Gasleitung, sowie zur Wasserleitung gehörig, Hähne, Badewanne, Badeofen, die porcellanene Waschkumme und das Watercloset incl. Schaale. Endlich habe der Kläger den Contract nicht rechtzeitig erfüllt, da er nicht die contractmäßige Zeit, wie es die Fortschreitung des Hauses verlangt habe, zur Herstellung und Ablieferung der Anlagen qu. benutzt habe.

Außerdem hat der Beklagte eine Einrede des Verzichts oppenirt und darauf gestützt, daß, nachdem Kläger auf die nach vergeblich verlangter Ablieferung vom Beklagten wiederholt erlassene Androhung, daß er die Anlagen anderweitig werde in Stand setzen lassen, ein Inhibitorium gegen Eingriffe des Beklagten beim Obergericht beantragt habe, welchem Antrage indeß nicht deferirt worden sei, vor der angedrohten Disposition weder sein Eigenthumsrecht geltend gemacht, noch auch den Contract durch Ablieferung soweit möglich erfüllt habe. Hierin liege ein Verzicht auf den Rest der Gegenforderung, die die vorgängige Leistung seinerseits erfordert hätte.

In eventum sich einlassend auf die Klage hat Beklagter den Abschluß des Contracts zugestanden, die mündliche Nebenberedung in Betreff der Glockenzüge geleugnet und ferner auf das oben Angeführte in Abrede gestellt, daß Kläger in rechtzeitiger Erfüllung seines Contracts auch nur die 3 ersten Anlagen hergestellt und völlig fertig gemacht habe. Von außen dicht sei das Haus schon Mitte November 1861 gewesen, damals hätten die qu. Anlagen also nach dem Contract schon fertig sein müssen, indessen noch 4 Wochen später, am 19. Decbr. f. J., als Beklagter das Haus durch den Architekten Fiedler aus Hamburg habe nachsehen lassen, sei keine der Anlagen fertig gewesen, mehrere, wie vorliege, noch nicht einmal begonnen. Ende December f. J. habe Kläger dem Beklagten angezeigt, daß er Oldesloe verlassen und nach Flensburg übersiedeln wolle, mit dem Hinzufügen, daß er die übernommenen Anlagen vorher fertig machen und abliefern werde; Ende Januar 1862 sodann: daß Wasserheizung, Wasserleitung und Gasleitung fertig seien und zwar Alles gut, dauerhaft und zweckentsprechend. Nicht wahr sei es, daß nach diesen Mittheilungen des Klägers unter Parteien eine Verabredung getroffen, wornach Kläger behufs der Ablieferung an Beklagten in zwei verschiedenen Tagen das Haus geheizt hätte. Kläger habe vielmehr nach einer neben ihrem schriftlichen Contract getroffenen mündlichen Nebenberedung die Anlagen an den in dem Contract mitunterzeichneten Architekten Fiedler für den Beklagten abliefern sollen. Bald nach seiner Uebersiedelung nach Flensburg sei Kläger im März 1862 wieder in Oldesloe anwesend

Digitized by Google

gewesen, habe aber weder damals noch später irgend eine Ablieferung an den Beklagten oder dessen Vertreter beschafft, obwohl ihm dazu Zeit bis zum Nachsommer d. J. gelassen worden sei. Kläger habe sich vielmehr jeder Ablieferung entlegt mit Rücksicht auf gewisse seit seiner Uebersiedelung nach Flensburg passirte Vorgänge, die ihn hierzu aber keineswegs berechtigt und außerdem vom Kläger wahrheitswidrig dargestellt seien. Es habe nämlich auf Veranlassung des Beklagten nur eine Probe in Betreff der qu. Anlagen stattgefunden und zwar mit Genehmigung des Klägers und unter Zuziehung des Kupferschmieds Bruß in Oldesloe als Vertreters desselben. Daß Beklagter bei dieser Probe den Schlossermeister Behrens zuziehen solle, sei zwischen Parteien nie verabredet, vielmehr habe Kläger den Beklagten für eine anzustellende Probe an Behrens als denjenigen verwiesen, an welchen er sich zuvor um Anschraubung der abgenommenen Hähne zu wenden hätte. Diese Probe habe eine völlige Undichtigkeit der Wasserleitung und Wasserheizung ergeben und habe Beklagter dies dem Kläger mit der Aufforderung mitgetheilt, die Mängel abzustellen und die Anlagen von einer ihrem Zweck entsprechenden Beschaffenheit herzurichten.

Nach einer wiederholten Aufforderung sei Kläger in Oldesloe erschienen und habe dem Beklagten einen Entwurf einer Vereinbarung betreffend die Abfindung vorgelegt, den Beklagter allerdings nicht angenommen habe, weil in demselben die Zeit der Ablieferung zu unbestimmt gelassen sei. Richtig sei es, daß Beklagter bei seinem Antrage auf Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtniß und insbesondere in der Replik erklärt habe, er werde sich jetzt ohne Verzug um Instandsetzung und Herstellung der fraglichen Anlagen weiter bemühen, und daß er im Nachsommer 1862 dies insoweit ausgeführt habe, als er die vom Kläger hergestellten Anlagen der Wasserheizung und Wasserleitung habe wieder wegreißen, total verändern und die Röhren derselben durch andere habe ersetzen lassen, imgleichen auch die Gasleitung geändert und einen anderweitigen Badeofen nebst Badewanne angeschafft und hergerichtet habe.

Unwahr sei des Klägers Vorbringen hinsichtlich der Zurückbehaltung einzelner namentlich zur Wasser- und Gasleitung gehöriger abtrennbarer Theile. Allerdings sei vor der Abreise des Klägers nach Flensburg die Vereinbarung getroffen, daß Kläger den Pumpenschwengel und die zur Wasserleitung gehörigen Hähne abnehme und Behrens diese auf Verlangen des Beklagten zum Zweck einer Probe wieder anmachen solle. Diese Sachen seien aber nicht abgenommen, mit Ausnahme des jedoch vor der auf des Beklagten Veranlassung vorgenommenen Probe wieder angeschrobenen Pumpenschwengels. Nur ein Doppelhahn sei nicht angeschroben gewesen, weil dieser noch nicht fertig gewesen sei. Das nach dieser Vereinbarung dem Beklagten zuständige Verlangen zum Zweck der Probe habe er an Behrens gestellt und damals die Antwort erhalten, daß alle Hähne angeschroben seien, weil sie nämlich gar nicht abgenommen gewesen seien, mit Ausnahme des unfertigen Doppelhahns. Nach der Rückkehr des Klägers aus Flensburg sei diese Verabredung nicht erneuert und die alte unter den veränderten Umständen natürlich weggefallen. Es könne daher keine Rede davon sein, weder daß es Kläger zugestanden sei, wie er nun erst gethan, alle diese Sachen ab- und zu sich zu nehmen, noch daß es blos vom Beklagten abgehangen, diese Sachen von Behrens wieder zu bekommen.

Der Badeofen und die Badewanne seien dem Beklagten vom Kläger so wenig zur Disposition gestellt oder geliefert, daß er nie vom Kläger erfahren habe, wo sich diese Sachen befänden und Beklagter sie etwa holen lassen könnte.

An diese Einlassung ist vom Beklagten die Bemerkung geknüpft, daß Kläger überhaupt nicht im Stande gewesen, die übernommenen Anlagen seiner Verbindlichkeit gemäß an den Beklagten abzuliefern, was durch Aufzählung einer Reihe von Mängeln und Fehlern der qu. Anlagen näher zu begründen gesucht wird.

Mit den bezahlten 2450 ℛ. sei das gelieferte Material und Arbeit weit über den Werth vergütet und opponire er mit Rücksicht hierauf die Einrede der Zahlung.

Nachdem darauf die Einrede des nicht erfüllten Contracts und des Verzichts wiederholt worden, ist schließlich event. die Einrede der Compensation vorgeschützt und darauf gestützt, daß der Kläger sich jedenfalls eine Kürzung derjenigen Summe gefallen lassen müsse, welche der Beklagte für die Herstellung der vom Kläger überall nicht angefertigten Anlagen der Glockenzüge und der Sprachrohrleitung, so wie die von dem

Digitized by Google

Kläger nicht gelieferten resp. zur Gas- und zur Wasserleitung gehörigen Theile verausgabt habe.

Die desfälligen Ausgaben des Beklagten belaufen sich nach Maaßgabe der den Exceptionalien als Anlage angeschlossenen Specification im Ganzen:

1)	für die Glockenzüge	106 ℛ	8 ß,
2)	für Lieferung zur Wasserleitungen	402 „	8 „
3)	für Lieferung zur Gasleitungen .	281 „	9 „
4)	der Betrag der Annehmungssumme für die Sprachrohrleitung	80 „	— „
		870 ℛ	9 ß.

Außerdem habe Kläger noch 22 Lampen zur Gaseinrichtung liefern sollen, deren Werth jedenfalls die Summe von 330 ℛ Cour. übersteige, so daß unter keinen Umständen Kläger noch eine Forderug an den Beklagten habe.

Gebeten ist um Abweisung der Klage, ref. exp.

Replicando ist den Behauptungen der Exceptionalien generell und speciell widersprochen, soweit dieselben von der Klage abweichen, insbesondere auch geleugnet, daß die Arme und Lampen zur Gasleitung, 15 Stück Hähne, Badewanne, Badeofen, Waschkumme und Watercloset gefehlt hätten. Diese Sachen hätten nicht definitiv angemacht und hergestellt werden können, bevor das Haus vollständig fertig gewesen. Selbige seien aber sämmtlich bei Behrens vorhanden gewesen und laut Abrede habe Letzterer dieselben nach des Beklagten Aufforderung, die aber nie erfolgt, anmachen sollen. Badeofen und Badewanne seien übrigens auch bereits im Bau aufgestellt und bei der vom Kläger angestellten Probe mit Wasser gefüllt gewesen.

Was das eventuell geltend gemachte Kürzungsrecht des Beklagten betreffe, so sei Beklagter nur berechtigt, die erweislich nothwendig gewesenen Kosten der anderweitigen Anschaffung und Herstellung der Sprachrohrleitung und der Glockenzüge und zwar nur für 7, nicht für 11 Zimmer zu kürzen, und reducirten sich demnach die auf der Anl. 4 sub 1 der Exceptionalien notirten Ansätze von resp. 74 ℛ und 26 ℛ 8 ß auf 47 ℛ 1 ß und 16 ℛ 4 ß, während die für Beköstigung der Herren Vollmer und Gehülfen berechneten 6 ℛ gänzlich wegfällig würden, da Beklagter diese contractlich übernommen gehabt habe.

Die in der Anl. 4 sub 2 in Ansehung der Wasserleitung aufgeführten Sachen seien sämmtlich mit Ausnahme des verzinnten kupfernen Waschbeckens, des Zwischenhahns zwischen den Rosettenhähnen und den drei Waschtischen fertig und bei Behrens aufbewahrt, soweit überhaupt Kläger sie zu liefern gehabt habe. Eventuell leugne er, daß Beklagter die libellirten Sachen angeschafft und dafür die angesetzten Preise verausgabt habe. Endlich habe er zur Gasleitung Alles, was er accordmäßig zu liefern gehabt habe, geliefert, einiges auch in Folge der erwähnten Verabredung, welche keineswegs, wie Beklagter behaupte, später aufgehoben, bei Behrens aufbewahrt. Er leugne, daß er mehr als geschehen zur Gasleitung habe liefern sollen, und insbesondere die verschiedenen näher angegebenen Sachen, welche Beklagter in der Anl. 4 sub 3 angeführt habe, eventuell leugne er nesciendo, daß Beklagter die libellirten Sachen angeschafft und dafür die angesetzten Preise verausgabt habe. Ebenso leugne er, daß er accordmäßig mehr Lampen zur Gasleitung zu liefern gehabt, als er geliefert habe, bestreite somit die für 22 Lampen nebst Gaseinrichtung für 32 Flammen formirte Forderung von 330 ℛ.

Duplicando per priora.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung der Sache steht demnach zur Frage, wie zu erkennen?

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Polizeistrafsache. — Politische Demonstrationen sind nicht an sich strafbar.

Der 18jährige Julius Jessen, Sohn des Rathmanns Jessen zu Groß-Bottschlott, wurde am 16. Januar 1864 durch den Gensdarmeriesergeanten Jacobsen im Wirthshause des Krügers Hansen in Niebüll angehalten und nach der Böckinger Hardesvogtei gebracht, weil er, wie es in dem an dieser Stelle sofort aufgenommenen Protocoll heißt, angefangen habe, „Schleswig-Holstein meerumschlungen“ zu singen. Zunächst in's Gefängniß gebracht, wurde er jedoch noch an demselben Tage der Haft entlassen, nachdem der Eingesessene Todsen in Fahretoft sich zur Zahlung von 200 ℛ für den Fall verpflichtet habe, daß Jessen nicht zur Stelle bleiben oder der Untersuchung Schwierigkeiten in den Weg legen würde.

Digitized by Google

Die Vernehmungen, welche darauf am 18. Januar l. J. erfolgt sind, haben sich besonders an einen von der Gensdarmeriestation eingelieferten Rapport angeschlossen, welcher den demnächst in der Sache bei dem Appellationsgericht erwachsenen Acten nicht angelegt war. Das Wesentliche ergiebt sich jedoch zur Genüge aus dem in Abschrift bei den Acten befindlichen Untersuchungsprotocoll. Die Sache verhält sich hiernach folgendermaaßen.

Am Abend des 16. Januar sind mehrere Personen in dem Wirthshause des Krügers Hansen in Niebüll zugegen gewesen, unter Anderen namentlich der gedachte Julius Jessen und dessen Bruder Johann Jessen, so wie der Maurermeister Lindegaard und der Gensdarmeriesergeant Jacobsen. Johann Jessen und der Maurermeister Lindegaard haben sich hier über das Wandern in Dänemark und den Herzogthümern unterhalten, und bei dieser Gelegenheit hat Julius Jessen die Worte gesprochen, wegen deren die Untersuchung gegen ihn eingeleitet ist.

Julius Jessen selbst behauptete, wie er zuerst vernommen wurde: er habe nicht „Schleswig-Holstein stammverwandt" gerufen, sondern nur bei der angegebenen Gelegenheit den Maurermeister Lindegaard gefragt, ob es in Schleswig-Holstein sei. Damit übereinstimmend bemerkte der Maurermeister Lindegaard: Julius Jessen habe nur gesagt oder gefragt: „Schleswig-Holstein"; was er eigentlich damit gemeint habe, wisse Zeuge nicht; vielleicht habe er sagen wollen, ob es gut sei, in Schleswig-Holstein zu wandern, indem davon allerdings die Rede gewesen sei.

Dagegen erklärten der Krüger Hansen und der Gensdarmeriesergeant Jacobsen bei ihrer Vernehmung: Julius Jessen habe die Worte: „Schleswig-Holstein stammverwandt" ausgerufen. Der letztere Zeuge fügte noch hinzu, daß Julius Jessen dies auch auf dem Transport nach dem Gefängniß eingeräumt habe. Zugleich bemerkte der Gensdarmeriesergeant: er habe den fraglichen Ausruf als eine politische Demonstration aufgefaßt, und auf dieselbe Weise sei derselbe auch von den andern Gästen aufgefaßt, indem diese dem Julius Jessen bedeutet hätten, daß er damit stillschweigen solle. Das letztere ist jedoch von den Zeugen Lindegaard und Hansen ausdrücklich in Abrede gestellt; wie Lindegaard angiebt, soll nur Johann Jessen seinen Bruder bei der fraglichen Veranlassung angestoßen haben.

Die zwischen dem Gensdarmeriesergeanten und den Zeugen angestellte Confrontation hat eine Einigung darüber, ob die anderen Gäste den Julius Jessen bedeutet haben, daß er damit stillschweigen solle, nicht zu Wege gebracht; dagegen räumt der Zeuge Lindegaard bei der Confrontation es als möglich ein, daß Julius Jessen die Worte: „Schleswig-Holstein stammverwandt" gesagt habe; Zeuge habe aber nur „Schleswig-Holstein" gehört. Beide Zeugen, der Maurermeister Lindegaard und der Krüger Hansen, erklärten zugleich, daß sie nicht wüßten, ob es eine politische Demonstration von Seiten des Julius Jessen gewesen sei, oder was er sonst damit gemeint habe.

Die Confrontation zwischen dem Gensdarmeriesergeanten und dem Julius Jessen hat dahin geführt, daß Letzterer es als möglich zugegeben hat, daß er im Wirthshause des Krügers Hansen die Worte „Schleswig-Holstein stammverwandt" gesagt habe. Als es ihm darauf von dem Sergeanten vorgehalten wurde, daß er auf dem Transport nach dem Gefängniß eingeräumt habe, die fraglichen Worte gesprochen zu haben, erklärte er, daß dies wohl möglich sei, er wolle es gerne glauben. Auf ferneres Befragen gab Julius Jessen endlich noch, wie es im Protocoll heißt, an: er wisse eigentlich nicht, was er damit gemeint habe; er sei ein Schleswig-Holsteiner, doch sei es ihm einerlei, ob der König oder der Prätendent Herr im Lande sei.

Nachdem darauf die Zeugen in Gegenwart die Richtigkeit ihrer Aussagen mittelst Handschlages bekräftigt hatten, wurde noch an demselben Tage, den 18. Januar d. J., von der Hardesvogtei dem Julius Jessen folgendes Erkenntniß publicirt:

in Erwägung, daß der Sohn des Rathsmanns Jessen zu Groß-Bottschlott, Julius Jessen in Marienkooge, am 16. d. M. des Abends im Wirthshause des Krügers Hansen in Niebüll in der Schenkstube, wo mehrere Gäste versammelt waren, Schleswig-Holstein stammverwandt gerufen hat;

in Erwägung, daß hierin eine strafbare politische Demonstration gefunden worden ist;

in schließlicher Erwägung, daß eine Brüche von 10 ℛ als eine angemessene Strafe für dieses Vergehen erscheint,

für Recht erkannt:

daß Julius Jessen in Marienkooge wegen der sich schuldig gemachten politischen Demonstration

Digitized by Google

eine Königliche Brüche von 10 ℛ binnen 6 Wochen zu bezahlen und die Kosten der Untersuchung abzuhalten schuldig ist.

V. R. W.

Die Untersuchungskosten sind am Rand des Protocolls folgendermaaßen specificirt:

Termin	1 ℛ	64 ß,
3 Zeugen à 1 ℛ 64 ß . . .	5 „	— „
4 Citationen à 40 ß . . .	1 „	64 „
Hardesdiener	3 „	32 „
Gefängniß	— „	24 „
	11 ℛ	88 ß.

Gegen dies Erkenntniß hat der Vater des verurtheilten Julius Jessen rechtzeitig supplicirt, und darauf angetragen:

1) daß das gegen seinen Sohn abgegebene Straferkenntniß aufgehoben werde;

2) daß der Böcking-Hardesvogtei anbefohlen werde, die gezahlten Kosten, zum Betrage von 11 ℛ 88 ß, zurückzuzahlen;

3) daß der Hardesvogt der Böcking-Harde, weil er den Sohn des Supplicanten willkürlich und ohne allen Grund verhaftet, ihn auch unzulässiger Weise über seine politische Meinung befragt habe, in geeigneter Weise bestraft werde, — indem er, was den zweiten Antrag betrifft, hervorhebt, daß für die in Folge mündlichen Auftrags von der Gensdarmerie beschafften Citationen keine Gebühr passiren könne, sowie es auch unerklärlich sei, wie der Hardesdiener, der den Sohn des Supplicanten blos in's Gefängniß gebracht und wieder zurückbegleitet habe, 3 ℛ 32 ß habe verdienen können, — und daß endlich sein Sohn, ein unmündiger Jüngling, zwar die Kosten bezahlt habe, daß aber diese Zahlung selbstverständlich unverbindlich sei.

In Folge dessen ist von dem Appellationsgericht nachstehendes Erkenntniß abgegeben worden:

Auf die unterm 2. Februar d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Rathmannes P. H. Jessen zu Groß-Bottschlott,

wider ein, von der Böcking-Hardesvogtei unterm 18. Januar d. J. gegen seinen minderjährigen Sohn Julius Jessen wegen einer politischen Demonstration abgegebenes Brücherkenntniß,

wird nach eingezogenem Bericht der Behörde,

in Erwägung,

1) daß es kein Gesetz giebt, durch welches das Absingen oder Sprechen des Liedes: „Schleswig-Holstein meerumschlungen" oder einzelner Strophen desselben mit Strafe bedroht ist;

2) daß es gleicher Weise kein Gesetz giebt, durch welches politische Demonstrationen als solche mit Strafe bedroht worden sind; daß demnach eine politische Demonstration nur dann als strafbar betrachtet werden kann, wenn sie als Mittel zu einem andern und zwar unerlaubten Zwecke, z. B. als Mittel, um eine Störung der öffentlichen Ruhe herbeizuführen, vorgenommen ist, daß aber nach dieser Seite hin nicht das Geringste gegen den Sohn des Supplicanten ermittelt ist;

3) daß also das abgesprochene Brücherkenntniß, auch abgesehen von der Frage, ob in der Aeußerung, welche der Sohn des Supplicanten am 16. Jan. d. J. in dem Wirthshause zu Niebüll vorgebracht hat, eine politische Demonstration gefunden werden kann, als durchaus ungerechtfertigt erscheint;

4) daß ein Gleiches auch von der Verurtheilung des Sohnes des Supplicanten zur Erstattung der Untersuchungskosten gilt, indem es an jeder genügenden Veranlassung fehlte, eine Untersuchung gegen denselben einzuleiten; daß jedoch ein Befehl zur Zurückzahlung der, nach Angabe des Supplicanten bereits bezahlten Untersuchungskosten auf die gegenwärtig von dem Supplicanten eingereichte Vorstellung nicht abgegeben werden kann, da der damals fungirende Hardesvogt der Böking-Harde inzwischen entlassen ist, wegegen es selbstverständlich dem Supplicanten vorbehalten bleibt, seine Ersatzansprüche auf dem geeigneten Wege Rechtens geltend zu machen,

hiemittelst für Recht erkannt:

daß das von der Böcking-Hardesvogtei unterm 18. Januar d. J. gegen Julius Jessen, den Sohn des Supplicanten, abgesprochene Erkenntniß sowohl in Ansehung der erkannten Brüche, als auch in Ansehung der Untersuchungskosten, wiederum aufzuheben sei.

V. R. W.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 25. April 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

35. Stück. — Den 29. August 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Ueber die Wirkung der Einrede des nicht gehörig und nicht rechtzeitig erfüllten Contracts gegen die Klage aus einer locatio operis.

(Beschluß.)

In Erwägung nun, daß nach dem unter den Parteien abgeschlossenen Contract der Kläger fünf verschiedene Anlagen für den Neubau des Beklagten herzustellen und zu liefern hatte, für deren jede eine bestimmte Annahmesumme stipulirt worden;

in Erwägung, daß der Kläger von diesen Anlagen zugestandenermaaßen die Sprachrohrleitung und die Glockenzüge nicht geliefert hat und daher die für diese opera vereinbarten Preise von resp. 80 und 70 ℛ selbstfolglich nicht zu fordern berechtigt ist, vielmehr andererseits verpflichtet erscheint, dem Beklagten die erweislich gehabten Mehrausgaben für die anderweitige Herstellung der Glockenzüge in dem Umfange, in welchem Kläger sie contractlich zu liefern hatte, vorbehältlich des zur eventuellen Verringerung dieses Anspruchs dienlichen Beweises der replicarischen Behauptung des Klägers, daß Beklagter einen Theil dieser Ausgaben nach Uebereinkunft selbst abzuhalten gehabt habe, zu erstatten, indem der Kläger, ganz abgesehen davon, ob in Folge einer besonderen Vereinbarung der Beklagte befugt gewesen sei, die Glockenzüge auf Kosten des Klägers herzustellen, schon wegen der geschehenen Nichtlieferung gehalten ist, dem Beklagten das volle Interesse zu prästiren;

in Erwägung, daß bezüglich der übrigen drei Anlagen, der Wasserheizung, der Wasserleitung und der Gasleitung, vom Kläger behauptet ist, daß er selbige im Neubau des Beklagten hergestellt und hiervon dem Letzteren Anzeige gemacht habe, damit aber die Klage auf Zahlung des Restes der Accordsumme, abzüglich der Preise für Herstellung der Glockenzüge, vollständig begründet ist und namentlich auch nicht deshalb abgewiesen werden kann, weil Kläger die letztgedachten beiden Anlagen nicht geliefert hat, da, von anderen Gründen ganz abgesehen, es sich hier um fünf verschiedene und von einander völlig unabhängige opera handelt;

in Erwägung, daß die gegen diese Forderung vorgeschützte Einrede des nicht erfüllten, nicht rechtzeitig und nicht vollständig erfüllten Contracts, insofern darauf der Antrag auf Abweisung der Klage basirt ist, somit also die Retention des Restes der Accordsumme beansprucht wird, nicht begründet ist:

Daß der Kläger dem Beklagten die Anlagen nicht in dem Sinn überliefert hat, daß er Letzterem die Approbabilität des Werks nachgewiesen, ist kein Hinderniß für die Klaganstellung und berechtigt nicht, die Einrede des nicht erfüllten Contracts vorzuschützen, da die unterlassene Ablieferung der opera in diesem Sinn rechtlich nur die Fortdauer der Haftpflicht des conductor für das periculum zur Folge hat,

cf. Holst. Anz. 1858, p. 212.

Dem conductor operis liegt lediglich ob, das Werk herzustellen und dem locator zu überliefern, d. h. Letzteren in Besitz desselben zu setzen, und sobald er diesen Verbindlichkeiten nachgekommen ist, steht der Klag-

Digitized by Google

erhebung formell ein Hinderniß nicht entgegen. In diesem Fall hat nun der Kläger, wie unbestritten ist, die Anlagen bereits im Januar 1862, soweit er überhaupt geliefert hat, fertig gehabt und dem Beklagten davon Anzeige gemacht. Damit aber hat er seiner Verpflichtung in dieser Beziehung Genüge geleistet, da hier, wo es sich um Anlagen in einem im Besitz des Beklagten befindlichen Hause handelt, die Ueberlieferung durch die einfache Anzeige geschehen kann, insofern dadurch die Anlagen zur Disposition des Klägers gestellt werden. Was sodann die Einrede des nicht rechtzeitig erfüllten Contracts betrifft, so ist mittelst derselben eine Abweisung des Klägers überhaupt nicht zu erreichen, wenn der Beklagte die Leistung des Klägers entgegengenommen hat. Denn eine verspätete Erfüllung ist immerhin eine Erfüllung und der Beklagte, der dieselbe angenommen, kann selbstverständlich nicht die Leistung des Klägers behalten und zugleich blos wegen der Verspätung seine ganze Gegenleistung retiniren; derselbe wird höchstens noch sein Interesse wegen der verspäteten Lieferung geltend machen können. Der Beklagte hat nun nicht in Abrede gestellt, daß der Kläger die Wasserheizung, die Wasserleituug und die Gasleitung, wenn auch mangelhaft und unvollständig, hergestellt habe, er hat ferner, wie aus seinen eigenen Angaben erhellt, die Anlagen, wenn auch nicht gebilligt, so doch angenommen, denn er hat über dieselben disponirt. Somit kann er jetzt nicht mehr wegen der angeblich verspäteten Leistung die Accordsumme retiniren; etwa sonstige ihm daraus erwachsende Rechte sind aber von ihm nicht in Anspruch genommen.

Nicht minder unbegründet erscheint die opponirte Einrede des nicht vollständig erfüllten Contracts.

Der Beklagte hat, wie oben nachgewiesen, die vom Kläger gelieferten opera in Besitz und angenommen. Sind diese, wie Beklagter behauptet, mangelhaft und unvollständig geliefert, so stand ihm einmal das Recht zu, seine Leistung so lange zu retiniren, bis der Kläger contractsmäßig erfüllt hat, oder aber er konnte, je nachdem es sein Interesse erheischte, Abzüge von der Accordsumme verlangen, sei es wegen Minderwerths des Geleisteten, sei es wegen erlittenen Schadens. Nur im ersteren Fall kann von einer sogen. exceptio non rite adimpleti contractus die Rede sein; im letzten Fall, selbst wenn die desfälligen Rechte unter demselben Titel geltend gemacht werden, liegt in Wirklichkeit eine exceptio quanti minoris oder eine exceptio compensationis vor.

cf. Vangerow, Lehrbuch der Pand. III. § 607 u. f.;

Holst. Anzeigen 1863, p. 236;

Sammlung der Entscheidungen des Lübecker Oberappellationsgerichts in Frankfurter Rechtssachen, Bd. II. p. 580.

Es ist nun zwar bestritten, ob die eigentliche sogen. exceptio non rite adimpleti contractus eine wahre Einrede sei oder lediglich eine negative Litiscontestation enthalte, und in Verbindung damit, wer in solchem Fall den Beweis zu übernehmen habe. Diese Frage ist aber in concreto ohne Bedeutung. Mag man von der einen, mag man von der andern Ansicht ausgehen, so viel ist unzweifelhaft, daß durch diese Art der Vertheidigung das Recht des Beklagten, die eigene Leistung so lange zu retiniren, bis der Kläger den Contract in allen Beziehungen erfüllt hat, zur Geltung gebracht werden soll.

Das Retentionsrecht steht dem Beklagten nun keineswegs blos deshalb zu, weil der Kläger nicht vollständig geleistet hat. Denn andernfalls würde dem Kläger, wenn Beklagter die Nachbesserung und Vervollständigung des opus, eben weil sie zu spät offerirt worden, rechtlich abzulehnen befugt ist, die Möglichkeit also abgeschnitten sein, aus dem Contract den Beklagten auf Zahlung der Accordsumme zu belangen, weil er, indem er in Folge der Weigerung des Beklagten außer Stande ist, seine contractlichen Verbindlichkeiten zu erfüllen, ebensowenig aber durch eine nachträgliche Offerte den zu dieser Weigerung berechtigten Beklagten in moram accipiendi versetzen kann, die exceptio non rite adimpleti contractus nicht würde elidiren können.

Die genannte Einrede und das damit zusammenfallende Retentionsrecht des Beklagten beruht vielmehr auf dem Gedankengange, daß es unbillig sein würde, wenn der Kläger aus einem Contract die Leistung vom Beklagten fordern würde, den er selbst noch nicht vollständig erfüllt hat. Daraus folgt aber, daß der Beklagte nur dann in dieser Weise sich vertheidigen kann, wenn er zugleich die Vervollständigung, resp. Nachbesserung des Gelieferten vom Kläger fordert, da er nur

Digitized by Google

dann auf jene Unbilligkeit ſich berufen kann. Erklärt er dagegen, daß er von dem ihm zuſtehenden Recht, zuvor eine in allen Stücken contractsmäßige Leiſtung vom Kläger zu fordern, keinen Gebrauch machen wolle, ſo entzieht er dem Retentionsrecht, folgeweiſe der exceptio non rite adimpleti contractus den Boden, weil alsdann nicht mehr behauptet werden kann, es ſei unbillig, daß der Kläger die Zahlung der Accordſumme verlange, da doch der Beklagte ſelbſt eine beſſere und vollſtändigere Leiſtung des Klägers gegenwärtig nicht mehr wolle. Iſt demnach in ſolchen Fällen dieſe Einrede unzuläſſig, ſo ergeben ſich die weiteren Conſequenzen von ſelbſt, einmal, daß der Beklagte die Accordſumme zu zahlen verpflichtet iſt, ohne daß es noch eines Nachweiſes von Seiten des Klägers bedarf, daß das geleiſtete opus ordnungsmäßig und vollſtändig hergeſtellt ſei, weil eben der Beklagte vom Kläger zur Zeit des Proceſſes eine Vervollſtändigung reſp. Nachbeſſerung des opus nicht mehr beanſprucht und es inſofern irrelevant erſcheint, ſob der Kläger ſeine Verpflichtungen völlig erfüllt hat oder nicht, und ſodann, daß der Beklagte ſich der Zahlung nur dann ganz oder theilweiſe entlegen kann, wenn ihm ſelbſtſtändige Einreden zur Seite ſtehen, die den Klaganſpruch elidiren. Und ſo liegt die Sache in dem hier zur Beurtheilung ſtehenden Fall. Der Beklagte hat die offerirte Nachlieferung und Nachbeſſerung abgelehnt, da er dieſe bereits anderweitig hat beſchaffen laſſen und ſelbige ſomit für ihn zur Zeit ohne Intereſſe iſt; er würde übrigens ſolche gegenwärtig auch kaum noch fordern können, nachdem er ſeinen eigenen Anführungen nach weſentliche Aenderungen an den Anlagen hat vornehmen laſſen. Der Beklagte iſt demnach nicht mehr in der Lage, ſich der Einrede des nicht vollſtändig erfüllten Contracts, inſofern daran das Petitum der Abweiſung des Klägers geknüpft wird, bedienen zu können;

in Erwägung ferner, daß die Einrede des Verzichts nicht hinreichend fundirt iſt, da ein ausdrücklicher Verzicht des Klägers nicht behauptet iſt, aus dem Umſtand aber, daß der Kläger vor der angedrohten Dispoſition des Beklagten weder ſein Eigenthumsrecht geltend gemacht, noch angeblich den Contract durch Ablieferung, ſoweit möglich erfüllt hat, um ſo weniger gefolgert werden darf, daß Kläger auf ſeine Reſtforderung habe verzichten wollen, als für ihn eine zwingende Veranlaſſung zu Erſterem nicht vorlag, im Uebrigen aber der Kläger ſeinen Verpflichtungen im Weſentlichen will nachgekommen ſein;

in Erwägung, daß dem Obigen nach der Anſpruch des Klägers als begründet und erwieſen ſich darſtellt und eine Einrede der Zahlung daher nur dann zu berückſichtigen ſein würde, wenn der Beklagte die ganze Accordſumme oder doch mehr, als vom Kläger zugeſtanden worden, bezahlt zu haben, behauptet haben würde;

in Erwägung dagegen, daß der Beklagte mit der Einrede der Compenſation zu hören ſein wird, da der conductor operis trotz der Annahme des Werks durch den locator, inſofern Letzterer daſſelbe nur nicht auch gebilligt hat, verpflichtet erſcheint, wegen unvollſtändiger und mangelhafter Leiſtung dem locator das volle Intereſſe zu präſtiren, daß jedoch der Beklagte, wie bei jeder wahren Einrede, die thatſächlichen Fundamente derſelben, inſoweit ſie vom Kläger geleugnet ſind, zu beweiſen hat;

in Erwägung daher, daß, falls nachgewieſen wird, daß der Kläger contractlich verpflichtet geweſen ſei, die vom Beklagten näher bezeichneten Gegenſtände zu liefern oder, inſoweit nämlich der Kläger ſeine Lieferungsverbindlichkeit eingeräumt hat, daß dieſe Sachen gefehlt haben, der Kläger ſich gefallen laſſen muß, daß der Minderwerth, den die Anlagen durch dieſe Mängel erhalten, von der Accordſumme in Abzug gebracht, reſp. daß die in Folge deſſen dem Beklagten erwachſenen Ausgaben compensando in Gegenrechnung geſtellt werden, und

in Erwägung, daß, inſoweit der Kläger ſeine Lieferungsverbindlichkeit und das Fehlen einzelner Theile der Anlagen zugeſtanden hat, der Beklagte lediglich die gehabten Auslagen nachzuweiſen hat, daß jedoch dem Kläger bezüglich eines Theils dieſer Sachen der Beweis ſeiner replicariſchen Behauptung freizulaſſen iſt, daß er dieſelben mit Genehmigung des Klägers dem Schloſſermeiſter Behrens übergeben habe;

wird auf eingelegte Receſſe und nach ſtattgehabter mündlicher Verhandlung hierdurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

Könnten und würden Parteien innerhalb Ordnungsfriſt rechtlicher Art und Ordnung nach darthun und erweiſen:

Digitized by Google

I. der Beklagte:

A) in Betreff der Wasserleitung:

1) daß der Kläger contractlich fünf Gummizapfhähne, zwei große dc., zwei Schwanenhalshähne mit Rosetten und zwei emaillirte Handsteine oder welche dieser Sachen habe liefern sollen, und daß Beklagter für die anderweitige Herstellung derselben die angesetzten oder welche geringeren Preise bezahlt habe,

2) daß Beklagter für die anderweitige Anschaffung der übrigen in der Exceptional-Anlage 4 sub 2 aufgeführten Sachen oder für welche derselben die beigefügten Summen oder wie viel weniger ausgegeben habe;

B) in Betreff der Gasleitung:

1) daß der Beklagte contractlich die Lichtuhr, ein Cap a lining, ein 1¼" Haupthahn, ein 1¼" Nippel, ein Bleirohr, ein Schlüssel, die Uhrverbindung, das Serwesrohr vom Zuleitungsrohr bis zum Haupthahn, ein Light Water Slide ein oeconomic Burner mit Glas, ein Porcellan-Reflector mit Halter oder welche dieser Sachen zu liefern übernommen habe, und daß der Beklagte für die anderweitige Anschaffung derselben, die angesetzten Auslagen oder welche geringere gehabt habe,

2) daß Beklagter für die Anschaffung der brakets oder welcher derselben, die in der Exceptional-Anlage 4 sub 3 angesetzten Preise oder wie viel weniger bezahlt habe,

3) daß die übrigen (mit Ausschluß nämlich der vorstehend sub B 1 und 2 genannten Sachen) in der Anlage 4 sub 3 aufgeführten Gegenstände oder welche derselben nicht geliefert seien und daß Beklagter für die anderweitige Herstellung derselben die notirten Summen oder wie viel weniger verausgabt habe,

4) daß der Kläger accordmäßig eine Gasleitung für 38 Flammen, sowie 22 Lampen, worunter zwei Schlauchlampen, oder für wie viel weniger Flammen, resp. wie viel weniger Lampen zu liefern gehabt habe und daß der Werth der zur Einrichtung einer solchen Gasleitung nebst Lampen erforderlichen Materiallieferungen unter Zuschlag des Arbeitslohnes und der Transportkosten, abzüglich des Werths desjenigen, was vom Kläger geliefert ist, sowie desjenigen, was von Beklagten in der Exceptional-Anlage 4 sub 3 speciell berechnet worden, 330 ℛ oder wie viel weniger betrage;

C) in Betreff der Glockenzüge:

daß Beklagter für Herstellung der Glockenzüge in dem Umfange, in welchem Kläger sie zu liefern hatte, 106 ℛ 8 ß oder wie viel weniger ausgegeben habe;

II. der Kläger:

A) in Betreff der Gas- und der Wasserleitung:

daß die Brakets und die in der Exceptional-Anlage 4 sub 2 aufgeführten Sachen, oder welche derselben mit Genehmigung des Beklagten dem Schlossermeister Behrens übergeben seien;

B) in Betreff der Glockenzüge:

daß der Beklagte die Beköstigung für Vollmer und Gehülfen contractlich zu übernehmen gehabt habe,

so würde nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen, Eide und Gegenbeweise vorbehältlich, sowohl in der Hauptsache als der Kosten wegen weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich x. Publicatum im Herzoglichen Obergericht zu Glückstadt, den 28. Juli 1864.

Digitized by Google

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Auslegung eines an sich unklaren Beweiserkenntnisses. — Der durch ein so beschaffenes Interlocut auferlegte Beweis ist nicht als durch die deswegen gewonnenen Zeugenaussagen erbracht anzusehen, wenn diese Depositionen die Wahrheit des Beweissatzes lediglich seinem äußeren Wortlaut nach bestätigen, mithin für sich allein ebenfalls kein zweifelloses Verständniß gewähren. — Unvollständige Erbringung des directen Gegenbeweises begründet nicht die Auflegung richterlicher Notheide.—Schwursätze über Schadensersatzforderungen sind auf die zur Begründung dieser Forderungen angeführten Thatsachen zu verstellen.

In Sachen des Zieglers Herrmann Hörmann in Fleckebye, Klägers, Producenten und Reproducten, jetzt Supplicanten,

wider

den Viertelhufner und Ziegeleibesitzer Hans Tietje daselbst, Beklagten, Producten und Reproducenten, jetzt Supplicaten,

hauptsächlich wegen Rechnungsforderung aus dem Betrieb der Ziegelei des Beklagten und wegen Schadensersatzforderung, demnächst Beweis- und Gegenbeweisführung, jetzt Supplication des Klägers wider das Erkenntniß des ordentlichen Dinggerichts der Hüttener Harde vom 29. October 1863 betreffend,

ergeben die Acten:

Kläger hat für den Beklagten dessen Ziegelei als Ziegelmeister während der Jahre 1860/61 auf Grund eines desfälligen Contracts betrieben. Infolge dessen ist er gegen seinen gewesenen Geschäftsherrn mit einer Klage aufgetreten wegen Rechnungsforderungen für herstellig gemachte Fabrikate und hauptsächlich zu deren Anfertigung geleistete Nebenarbeiten, sowie wegen einiger Schadensersatzforderungen insbesondere dafür, daß ihm verschiedentlich die Möglichkeit des gehörigen Betriebs der Ziegelei nicht gewährt worden sei.

Von der Gesammtsumme dieser seiner angeblichen Forderungen bringt der Kläger endlich in seiner Klagschrift verschiedene Beträge wieder in Abzug, welche er von dem Beklagten „laut Contrabuchs" allmälig ausgezahlt erhalten habe, und beansprucht sonach schließlich noch eine Nachzahlung von 481 ℛ 56½ ß R.-M. oder 309 ₰ Crt.

Der Beklagte hat in seiner Exceptionsschrift bei Einräumung des zwischen ihm und dem Kläger bestandenen allgemeinen Vertragsverhältnisses, und indem er die Richtigkeit der Angaben des Klägers über die demselben laut Contrabuchs abschläglich ausgezahlten Summen zugesteht, auch hinsichtlich einer Reihe der im Libell für hergestellte Fabrikate und für geleistete Nebenarbeiten formirten Rechnungsposte sich bejahend, wegen des Restes dieser beiden Klassen und auch der dritten Klasse der Rechnungsansätze aber sich verneinend auf die Klage eingelassen. Beklagter kommt hierbei zu dem Ergebniß, daß er aus dem beregten Vertragsverhältniß dem Kläger in Wirklichkeit nur 46 ℛ 10 ß R.-M. schulde, welche Summe in Anbetracht, daß Kläger von ihm noch ferner 6 ℛ R.-M. und verschiedene näher aufgeführte Naturalien zu angegebenen Preisen und zwar zum Gesammtpreis von 9 ℛ 80 ß R.-M. erhalten habe, sich noch auf 30 ℛ 26 ß R.-M. reducire. Eventuell hat Beklagter, abgesehen von verschiedenen anderen Einreden, welche augenblicklich nicht releviren und welche zu einem nicht geringen Theil in dem sogleich zu erwähnenden ersten Erkenntniß des Proceßgerichts keine Berücksichtigung erfahren haben, der Klage noch die Einrede des „vergleichsmäßigen Verzichts" und in omnem eventum nochmals besonders die Einrede der Compensation entgegengestellt. Die zuletzt gedachte Einrede wird durch die Hinweisung darauf begründet, daß dem vorher (bei der Streiteinlassung) Bemerkten zufolge der Kläger an dem, was er rechtlich zu fordern habe, sich die vom Beklagten in Gegenforderung specificirten 15 ℛ 80 ß R.-M. werde kürzen lassen müssen. Zur Begründung der sogen. Einrede des vergleichsmäßigen Verzichts wird angeführt: „Die Ablieferung des „vierten (und letzten) Brandes pro 1861 habe Kläger „an des Beklagten Vertreter und Bevollmächtigten,

Digitized by Google

„Sandmann Mewes in Fleckebye, und zwar in Ge„mäßheit der vom Beklagten aufgemachten Berechnung, „Anlage VII., beschafft. Es habe in den Verhältnissen „gelegen, daß Mewes bei dieser Veranlassung den Klä„ger wiederholt befragte, ob Kläger auch noch in irgend „sonstiger Weise etwas zu berechnen habe oder ob noch „streitige Punkte zwischen ihm und Beklagten unerle„digt seien, — es komme ja nicht auf die augenblick„liche Ablieferung der Fabrikate, sondern hauptsächlich „darauf an, daß Alles geordnet und namentlich kein „Punkt rückständig bleibe, woraus Streit und Differenz „erwachsen könne, — hierauf habe Kläger erwidert, es „sei kein Streit- oder Differenzpunkt mehr vorhanden, „sondern jetzt Alles bis auf die Aufrechnung des Con„trabuchs geordnet."

Nach der am 30. October 1862 stattgehabten mündlichen Verhandlung, über deren Inhalt indessen die vorliegenden Acten keine Nachweisung liefern, hat das ordentliche Dinggericht der Hüttener Harde sofort ein Zwischenerkenntniß folgenden Inhalts abgegeben:

Könnte und würde Kläger innerhalb Ordnungsfrist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, rechtlicher Art und Ordnung darthun und erweisen:

1) daß er die in seiner Rechnung als geliefert aufgeführten Ziegeleifabrikate in den Jahren 1860/61, soweit die Richtigkeit seiner Angabe bestritten worden, wirklich geliefert habe, sowie, daß der Beklagte sich verpflichtet habe, ihm für Nachputzen der Drainröhren die in der Rechnung angeführte besondere Vergütung zu geben; ferner
2) daß er die in seiner Rechnung angeführten sonstigen Arbeiten, insofern selbige vom Beklagten nicht als geleistet anerkannt worden, selbst oder durch Andere wirklich geleistet und dafür die notirten Preise zu fordern habe;
3) daß der Beklagte sich zum Trockenlegen des Ofens verpflichtet;
4) daß die Maschine zum Anfertigen von Röhren erst im September 1861 in Ordnung gebracht worden, Beklagter aber sich verpflichtet habe, selbige vor Beginn des Sommers in Ordnung zu haben;
5) daß die Ziegelei vom 8. bis 30. Juni 1861 mit Wasser überlaufen gewesen, dergestalt daß die Arbeit erst am 4. Juli wieder habe beginnen können, und daß und wie dem Kläger durch die dadurch veranlaßte Versäumniß ein Schade von 168 ℛ 42 ß erwachsen;
6) daß Kläger wegen Mangels an Lehm sonstige Massen zur Fabrikation von Mauersteinen habe zusammenrühren müssen, sowie daß und wie ihm dadurch ein Schade von 55 ℛ 90 ß veranlaßt worden; endlich
7) daß Kläger nach erhaltenem Auftrag von Seiten des Beklagten die Einrichtung der Ziegelei und das Brennhaus, sowie die Verbesserung und Trockenlegung des letzteren vorgenommen, und daß ihm für die damit verbundene Mühwaltung eine Vergütung von 20 ℛ, sowie endlich für zwei von den seinigen gebrauchten Schaufeln 1 ℛ 45 ß und für ein abgebrochenes Spatenholz 26 ß vom Beklagten zugesagt worden,

wobei dem Beklagten in gleicher Frist und unterm gleichen Vorbehalt zu beweisen frei gelassen worden:

1) daß Kläger bis auf die Aufrechnung des zwischen den Parteien geführten Contrabuchs auf alle sonstigen Ansprüche an den Beklagten verzichtet habe;
2) daß Kläger von ihm in der Zeit vom 1. April 1860 bis Januar 1862 außer den von dem Beklagten in Abzug gebrachten Pösten empfangen habe:

an baarem Gelde . . .	6	ℛ —	ß,
ein Kalb für	1	„ 80	„
ein Schipp Erbsen . .	1	„ 32	„
1½ Tonne Kartoffeln .	6	„ —	„
und 2 Pfd. Butter à 32 ß	—	„ 64	„

3) daß Kläger in der Zeit vom 8. bis 30. Juni v. J. bei ausreichendem Lehmvorrath beschäftigt gewesen, und daß Beklagter die erforderliche Abdämmung gegen das Wasser bis zur erklärten Zufriedenheit des Klägers selbst beschafft habe,

Digitized by Google

so würde nach solchen geführten und nicht geführten Beweisen in der Hauptsache, wie der Kosten halber weiter erkannt werden, was Rechtens.

Beide Parteien traten die ihnen zuerkannten Beweise rechtzeitig an, der Kläger lediglich durch Eidesdelation, der Beklagte wegen seines ersten und seines dritten Beweissatzes durch Zeugen und eventuell durch Eidesdelation, hinsichtlich seines zweiten Beweissatzes lediglich durch letztere.

Nachdem der Beklagte sich darauf über die ihm zugeschobenen Eide theils unbedingt acceptirend, theils unter gewissen Ausstellungen gegen die Zuläßigkeit der Eideszuschiebung und die gewählte Fassung nur eventuell acceptirend erklärt hatte, und nachdem die von dem Beklagten producirten Zeugen vernommen waren, auch der Zeugenrotul eröffnet war, hat das Deductionsverfahren stattgefunden, und hat darauf das Dinggericht der Hüttener Harde unterm 7. November v. J. dahin erkannt *):

daß Beklagter dasjenige, was ihm zufolge Zwischenerkenntnisses des Hüttener-Harder Dinggerichts vom 30. October 1862 sub 1 zu be-

---

*) Entscheidungsgründe des Erkenntnisses:

In Erwägung, daß durch Interlocut vom 30. October 1862 dem Kläger der Beweis derjenigen Thatsachen, auf welche seine Klage gestützt war, auferlegt, dem Beklagten dagegen, außer dem directen Gegenbeweis, zu beweisen freigelassen war:

1) daß Kläger, bis auf die Aufmachung des zwischen den Parteien geführten Contrabuchs, auf alle sonstigen Ansprüche an den Beklagten verzichtet habe,
2) daß Kläger von ihm in der Zeit vom 1. April 1860 bis Januar 1862, außer den vom Beklagten in Abzug gebrachten Pösten, empfangen habe:

an baarem Gelde	6	ℛ	— ß,
ein Kalb für	1	„	80 „
ein Schipp Erbsen . . .	1	„	32 „
1½ Tonne Kartoffeln . .	6	„	— „
und 2 Pfund Butter . .	—	„	64 „

3) daß Kläger in der Zeit vom 8. bis 30. Juni 1861 bei ausreichendem Lehmvorrath beschäftigt gewesen, und daß Beklagter die erforderliche Abdämmung gegen das Wasser bis zur erklärten Zufriedenheit des Klägers selbst beschafft habe;

in Erwägung, daß Kläger den ihm auferlegten Hauptbeweis durch Eideszuschiebung, Beklagter dagegen den ihm freigelassenen Beweis durch Zeugen angetreten hat;

in Erwägung, daß Beklagter die ihm vom Kläger zugeschobenen Eide zwar resp. als Wahrheits- und Glaubenseide zu schwören acceptirt hat, daß aber vor Zulassung zu diesem Eide zu prüfen steht, ob und inwiefern der dem Beklagten freigelassene, durch Zeugen angetretene Beweis, namentlich in Betreff des ersten Beweissatzes, als geführt oder mißlungen zu erachten, indem im ersten Falle die Ableistung der vom Kläger dem Beklagten deferirten Entscheidungseide als hinfällig und überflüssig zu erachten;

in Erwägung nun, daß der erste Beweissatz, daß nämlich Kläger bis auf die Aufmachung des zwischen den Parteien geführten Contrabuchs auf alle sonstigen Ansprüche an den Beklagten verzichtet hat, für geführt wird erachtet werden müssen, indem drei Zeugen auf ihren geleisteten Eid das zu beweisende Factum übereinstimmend bestätigt haben;

in Erwägung, daß zwar diese drei Zeugen von dem Kläger aus verwandtschaftlichen und anderen Gründen als inhabile bezeichnet worden, dieser Ansicht aber vom Gericht nicht hat beigetreten werden können, indem abgesehen davon, daß die Glaubwürdigkeit zweier dieser Zeugen, als beeidigter Unterofficialen und Mitglieder des Gerichts, im Allgemeinen nicht bezweifelt werden darf, zwei der Zeugen, nämlich der Sandmann Mewes und der Rademacher Tietje, überdies mit dem Beklagten nicht so sehr verwandt sind, daß sie unfähig zur Ablegung eines gültigen Zeugnisses erscheinen sollten. Die Ehefrau des Sandmannes Mewes ist nämlich eine Halbschwester der Mutter des Beklagten, ein Verwandtschaftsgrad der dessen Glaubwürdigkeit nicht zu schwächen vermag, und der Rademacher Tietje ist der Sohn eines Bruders des Großvaters des Beklagten, von welchem wohl also dasselbe gesagt werden kann. Der Bauervogt M. Tietje ist ein Bruder des Beklagten und dessen Aussage würde aus diesem Grunde, wenn sie allein stände, keinen Werth haben. Neben den beiden andern Zeugen und bei der genauen Uebereinstimmung mit den Aussagen derselben aber müssen sie wohl geeignet erscheinen, die Aussagen jener beiden zu bestärken, und die übereinstimmenden Aussagen aller drei Zeugen muß das Gericht als vollständige Beweisführung erachten, indem das Mo-

Digitized by Google

weisen freigelassen worden, wie Rechtens erwiesen habe, Kläger und Deduct daher mit der wider den Beklagten angestellten Klage abzuweisen, derselbe auch schuldig sei, demselben die Proceßkosten, deren Designation und Ermäßigung vorbehältlich, sobald er des Vermögens, zu erstatten.

Gegen dies Erkenntniß hat der Kläger am 12. November v. J., also rechtzeitig, und nach desfälliger Verständigung mit dem Beklagten, statt der Appellation die Supplication eingelegt, dieselbe gehörig prosequirt und seine Beschwerde darin gesetzt:

daß, wie geschehen, und nicht vielmehr nach Maaßgabe seines Antrages in der Impugnationsschrift dahin erkannt worden:

daß Beklagter die ihm mittelst Interlocuts vom 30. October 1862 in dieser Sache freigelassenen Exceptionalbeweise oder den einen oder andern dieser Beweise nicht geführt habe, derselbe daher schuldig sei, die ihm vom Kläger rücksichtlich der in dem Interlocut vom 30. October v. J. ihm, dem Kläger, auferlegten Hauptbeweise deferirten, von ihm, Beklagten, acceptirten Eide, deren gerichtliche Fassung vorbehältlich, in einem zu dem Ende näher festzusetzenden Termin abzuleisten, er, Beklagter, auch schuldig sei, ihm, dem Kläger, die durch den Versuch der Führung der Exceptionalbeweise erwachsenen Kosten, des. et mod. s., zu erstatten.

Nach eingezogener Erklärung des Supplicaten steht demnach zur Frage, ob der dem Beklagten vorbehaltene Gegenbeweis durch die Aussagen der von ihm producirten Zeugen erbracht ist, und für den Fall, daß diese Frage zu verneinen ist, wie in Betreff der zugeschobenen Eide zu erkennen ist.

(Der Beschluß folgt.)

---

ment, welches Kläger gegen den Zeugen Mewes hervorgehoben hat, daß derselbe nämlich als Mandatar für den Beklagten fungirt hat, nicht zu beachten steht, da derselbe aber von beiden Parteien als Vermittler hinzugezogen worden.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

36. Stück. — Den 5. September 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Das den Klostergütern zustehende Jagdrecht geht bei Veräußerung einzelner Gutstheile auf den Erwerber nur dann über, wenn es ihm besonders übertragen wird. — Erwerb desselben durch die ordentliche Verjährung. — Unterbrechung der Ersitzung durch erfolgtes Verbot.

In dem in den Holsteinischen Anzeigen 1863, S. 159 bereits abgedruckten Rechtsfalle des adl. Klosters Preetz gegen den Hufner Witt auf Kroog, wegen unbefugter Ausübung der Jagd, ist von dem Beklagten gegen das von dem Holsteinischen Landgericht abgesprochene Erkenntniß an das Oberappellationsgericht zu Kiel appellirt worden, von diesem aber das nachstehende bestätigende Erkenntniß erfolgt.

In Sachen des Hofbesitzers Ernst Witt auf Kroog, Beklagten, jetzt Appellanten,

wider

das adelige Kloster Preetz, Kläger, jetzt Appellaten,

wegen unbefugter Ausübung der Jagd auf dem Krooger Felde, jetzt wider das Erkenntniß des Holsteinischen Landgerichts vom 16. April 1863,

wird nach verhandelter Sache, unter Mittheilung einer Abschrift der Erklärung des beklagten Klosters an den Appellanten, mit Beziehung auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses und

in Erwägung, daß vor der Verordnung vom 27. December 1799, betreffend die den Prälaten, der Ritterschaft und den Besitzern adeliger Güter zustehenden Jagdbefugnisse, nicht alle Besitzer von Meierhöfen, namentlich nicht die Besitzer solcher Meierhöfe, bei deren Veräußerung sich der Gutsbesitzer das Jagdrecht reservirt hatte, jagdberechtigt waren;

in Erwägung, daß der passus 1 der gedachten Verordung:

> Sowohl den Klöstern in Unsern Herzogthümern, als den adeligen Gütern und Meierhöfen daselbst und deren Besitzern verbleibt nach wie vor die Jagdgerechtigkeit in den klösterlichen und zu jedem Gute und Meierhofe gehörigen Bezirken an Hof- und Bauernfeldern, und dienen in Ansehung der davon mit oder ohne Jagdgerechtigkeit veräußerten Stücke die darüber errichteten Contracte zur Entscheidung,

nicht dahin zu verstehen ist, daß fortan allen Besitzern von Meierhöfen, auch denen, welche bisher das Jagdrecht nicht hatten, dies Recht zustehen solle, indem eine solche Interpretation mit der Tendenz jener Verordnung im Widerspruch stehen würde, welche, wie die Eingangsworte derselben ausdrücklich angeben, zur gesetzlichen Bekräftigung und Anerkennung des bestehenden Rechtes erlassen worden ist, auch das Wort „verbleibt“ im passus 1 klar ergiebt, daß das bestehende Rechtsverhältniß nicht geändert werden sollte und die generelle Fassung des passus 1 sich daraus erklärt, daß regelmäßig die Meierhofsbesitzer das Jagdrecht haben, daß folglich die Behauptung des Beklagten, sein Hof sei ein Meierhof, irrelevant ist und dies um so mehr, als ein juristischer Begriff eines Meierhofes überall nicht existirt, daß vielmehr dem Kloster Preetz, als jagdberechtigt in dem ganzen klösterlichen Districte,

Digitized by Google

zu dem der Hof Kroog gehört, das Jagdrecht auch auf den Krooger Feldern zugesprochen werden muß, wenn Beklagter nicht dafür, daß ihm das Jagdrecht zusteht, einen bestimmten Erwerbsgrund behauptet und eventuell nachweist;

in Erwägung, daß Beklagter als solchen Erwerbsgrund die ihm auch zum Beweise verstellte Ersitzung angeführt hat, daß es sich aber nach Maaßgabe der erhobenen Beschwerde fragt, ob die Ersitzungszeit von Anstellung der Klage oder vom Jahre 1844 rückwärts zu berechnen ist;

in Erwägung, daß der Einwand des Beklagten, das Contraventionsverfahren aus dem Jahre 1844 komme deshalb nicht in Betracht, weil das Kloster nicht die Replik der Interruption vorgeschützt habe, unbegründet ist, da in der Klage bestimmt behauptet worden, daß im Jahre 1844 gegen den Besitzer von Kroog ein gerichtliches Verfahren wegen unbefugten Jagens stattgefunden habe, die Replik der Interruption also bereits in der Klage anticipirt war;

in Erwägung, daß die Ersitzung durch ein Verbot nur unterbrochen wird, wenn das Verbot von demjenigen ausgeht, gegen welchen die Ersitzung gerichtet ist, daß das Verbot aber nicht von dem Kloster, sondern von dem Klostergericht erlassen ist, daß indessen, da der Klosterprobst nicht blos Richter, sondern auch Administrativbeamter ist und da derselbe ein gerichtliches Verfahren gegen den Besitzer von Kroog wegen unbefugten Jagens nicht hätte einleiten können, wenn er die Jagdbefugnisse des Klosters nicht verletzt erachtet hätte, es so angesehen werden muß, als wenn das gerichtliche Verfahren auf den Antrag des Klosters angestellt worden, und daß, wenn auch das von dem Klostergericht erlassene Verbot auf die Supplication des Beklagten aufgehoben worden ist, weil Beklagter jagdberechtigt zu sein behauptete, hiemit doch nicht der Widerspruch des Klosters gegen die Ausübung der Jagd von Seiten des Besitzers von Kroog beseitigt worden ist, daß folglich die Replik der Interruption für begründet zu erachten und daher die Ersitzungszeit nicht von der Anstellung der Klage, sondern vom Jahre 1844 rückwärts zu berechnen ist,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Holsteinischen Landgerichts vom 16. April 1863, unter Verurtheilung des Beklagten und Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen.

Die Kosten werden bestimmt für den Anwalt des Appellanten auf 87 ℔ 8 ß, für dessen Procurator auf 9 ℔ 9 ß und für den Anwalt und Procurator des Appellaten auf 71 ℔.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzoglichen Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 10. August 1864.

Der Theilhaber eines Fabrikgeschäfts haftet nicht für die vor seinem Eintritt in das Geschäft von seinem Socius in Bezug auf dasselbe contrahirten Schulden.

Eine von Carl Theodor Schaper in Hamburg gegen den Kaufmann H. Sulzberger in seiner Eigenschaft als Liquidator der Firma Martens & Sulzberger in Pinneberg bei dem dortigen Landgericht erhobene Klage gründete sich auf die Behauptungen:

Am 14. Juni 1858 habe der Cigarrenfabrikant J. C. Martens in Pinneberg, in Firma J. C. Martens & Co. zur Erweiterung seines Geschäftes von dem Kläger die Summe von 3500 ℔ Cour. geliehen, welche im Geschäfte verwandt worden sei. Im Frühjahr 1861 hätten der Beklagte und J. C. Martens die bisher von dem Letzteren unter der Firma J. C. Martens & Co. allein betriebene Taback- und Cigarrenfabrik für gemeinschaftliche Rechnung unter der Firma Martens & Sulzberger übernommen und diese Uebernahme dem Kläger in einem Schreiben vom 1. Mai s. J. angezeigt, so wie denn auch das gesammte Lager und Inventar der Firma J. C. Martens & Co. in das Eigenthum der neuen Firma übergegangen sei. Nachdem sodann die letztere ungefähr 1½ Jahre bestanden, habe sie am 18. October 1862 sich wieder aufgelöst und es sei nun der Beklagte mit der Liquidation betraut worden. Dieser habe erklärt, daß er die (noch mit 2600 ℔ validirende) Forderung des Klägers nicht als eine Schuld der Firma Martens & Sulzberger anerkennen, sondern nur als eine Privatschuld des J. C. Martens betrach-

Digitized by Google

ten könne. Es sei nun aber das Darlehn des Klägers zur Erweiterung des Geschäfts von J. C. Martens & Co. ausdrücklich gemacht und zu diesem Zwecke verwandt worden, und es habe das bei der Uebernahme des Geschäfts von Seiten der Firma Martens & Sulzberger mit übernommene Inventar dies vom Kläger hergegebene Geld repräsentirt. In der Anzeige der Uebernahme des Geschäfts der Firma J. C. Martens & Co. von der Firma Martens & Sulzberger liege aber auch implicite die Uebernahme sämmtlicher Passiva der früheren Firma, indem, wenn dieses nicht hätte eintreten sollen, eine Liquidation des früheren Geschäfts hätte erfolgen müssen. Der Kläger beantragte demnach die Verurtheilung des Beklagten in qual. qua zur Zahlung der geschuldeten 2600 ℛ. s. w. d. a.

Der Beklagte stellte zwar nicht die Existenz der eingeklagten Forderung in Abrede, bestritt aber, daß sie auf die Firma Martens & Sulzberger übergegangen sei.

Nachdem darauf von dem Kläger noch in seiner Replik geltend gemacht worden war:

1) der Beklagte habe bei Eingehung der Societät die klägerische Forderung sehr wohl gekannt;

2) er habe an den Kläger Zinsen und Abschlagszahlungen auf seine Forderung geleistet;

3) er habe nachträglich dieselbe als Schuld der neuen Societät anerkannt, indem er eine vom Kläger auf die Firma Martens & Sulzberger ausgestellte Quittung angenommen habe,

und von dem Beklagten in seiner Duplik diese replicarischen Behauptungen geleugnet worden waren, gab das Landgericht am 22. April v. J. nachstehendes Erkenntniß ab:

In Erwägung, daß die klägerische Forderung gegen den früheren Socius des Beklagten, den Kaufmann J. C. Martens, zu einer Zeit entstanden ist, als Letzterer der alleinige Inhaber der unter der Firma Martens & Co. bestehenden Taback- und Cigarrenfabrik war, zu deren Fortbetrieb der Beklagte später mit dem J. C. Martens eine jetzt in Liquidation befindliche Societät unter der Firma Martens & Sulzberger eingegangen ist;

in Erwägung, daß die Mithaftung des Beklagten für die von seinem frühern Socius J. C. Martens contrahirte klägerische Forderung auf eine Rechtsregel nicht gestützt werden kann, da der Satz, daß ohne vorgängige Liquidation die Passiva eines, sei es von einem Einzelnen oder einer Gesellschaft betriebenen, Handlungsgeschäfts auf die neuen Inhaber übergehen, hier zu Lande nicht existirt;

in Erwägung, daß demnach eine Verpflichtung des Beklagten nur aus einem zwischen ihm, resp. der Firma Martens & Sulzberger einerseits und dem Kläger andererseits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, wonach die Schuld des J. C. Martens in eine Societätsschuld der neuen Firma verwandelt worden, herzuleiten, ein solches Rechtsgeschäft aber aus den klägerischen Anführungen, selbst wenn man die replicando aufgestellten nachträglichen Behauptungen herbeizieht, nicht zu entnehmen ist, weil

1) die im Circulair vom 1. Mai 1861 enthaltene Bemerkung, daß die unter der Firma J. C. Martens & Co. bestandene Cigarren- und Tabackfabrik für gemeinschaftliche Rechnung übernommen worden sei, nur die Ankündigung der zur Fortsetzung des Geschäfts eingegangenen Societät enthält und um so weniger in dem Sinne, daß alle Activa und Passiva des früheren Geschäftsinhabers auf die Societät übergehen sollten, wird gedeutet werden können, als eine derartige Intention in solchen geschäftlichen Bekanntmachungen ausdrücklich ausgesprochen zu werden pflegt;

2) der Umstand, daß der Beklagte vor Eintritt in die Societät die klägerische Forderung angeblich gekannt habe, nicht den Schluß gestattet, daß der Beklagte entweder in dem mit J. C. Martens abgeschlossenen Societätscontracte oder gegenüber dem Kläger die Uebernahme dieser Forderung als Societätsschuld und folglich seine persönliche Mithaftung stipulirt habe;

3) ebensowenig die angeblich von der Firma Martens & Sulzberger beschafften Zins- und Abschlagszahlungen als ein Act, welcher diese Societät zur Anerkennung der klägerischen Forderung als einer Societätsschuld verpflichte, anzusehen sind;

in Erwägung, daß daher die angebliche Mithaftung des Beklagten thatsächlich ungenügend begründet und folgeweise die Klage angebrachtermaaßen abzuweisen ist,

hiedurch zu Recht erkannt:

daß Kläger mit der erhobenen Klage angebrachtermaaßen abzuweisen, auch schuldig sei,

Digitized by Google

binnen 4 Wochen a publ. die dem Beklagten angeursachten Kosten, s. d. et m., zu erstatten.

Der Kläger appellirte gegen dies Erkenntniß an das Herzogl. Holsteinische Obergericht; dasselbe ward aber von diesem unterm 28. April d. J. unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe bestätigt.

Criminalfall.

Fälschung.

Von Obercriminalgerichtswegen

wird dem Magistrat der Stadt Altona bei Wiederanschließung der mittelst Bericht vom 16. April d. J. eingesandten Untersuchungsacten wider den Tischler Theodor Fonck in Ottensen und Genossen wegen Fälschung s. w. d. a. hierdurch aufgegeben, den nachbenannten Inculpaten folgendes Straferkenntniß zu publiciren und für dessen Vollstreckung Sorge zu tragen.

In Erwägung, daß von dem Tischler Theodor Fonck in Ottensen seinem mit den im Uebrigen ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständniß zufolge seit mehreren Jahren eine Reihe von Fälschungen in nachstehender Weise verübt worden sind: Der Inculpat hat sich von den Personen, die sich an ihn wegen der Erlangung der zu ihrer Niederlassung oder zum Bürgerwerden in Altona erforderlichen Documente wandten, die in ihren Händen befindlichen Papiere ausliefern lassen, um aus denselben die Namen der Behörden, die Unterschriften, sowie die Siegel und Stempel kennen zu lernen. Sodann verschaffte er sich soweit thunlich Stempelpapier des betreffenden Staats, ließ die Stempel von einem Hamburger Graveur nachstechen oder löste die bereits vorhandenen Siegel von älteren Documenten ab, um sie wieder aufzukleben, und ließ, da er selbst nicht ordentlich schreiben konnte, die Heimathsscheine, resp. sonstigen Certificate nach seiner Anweisung von Anderen, zuletzt ausschließlich von dem Schreiber Christiansen in Altona, schreiben. Darauf wurden die Documente mit dem betreffenden Stempel gestempelt oder die abgelösten Stempel sehr geschickt aufgeklebt, und hat der Inculpat nach den Ergebnissen der Untersuchung 50 falsche Documente ausgefertigt, die sämmtlich von den Behörden, ohne Verdacht zu erregen, entgegengenommen sind;

in Erwägung, daß der Schreiber Söncke Aloys Christiansen aus Flensburg, welcher zuerst nur gegen geringen Lohn die Documente für Fonck geschrieben, geständigermaaßen später ganz in derselben Weise auf eigne Hand in 14 verschiedenen Fällen falsche Documente verfertigt, insbesondere auch einige falsche Obligationen gemacht hat, auf welche von einem gewissen Gröger, der sich gleich im Anfang der Untersuchung das Leben genommen, zum Theil sehr bedeutende Geldsummen aufgenommen worden sind, von denen der Inculpat Christiansen jedoch nichts erhalten haben will;

in Erwägung, daß die fraglichen Fälschungen unmittelbar gegen die öffentliche Treue und Glauben gerichtet sind, auf denen aller gesellschaftliche Verkehr beruht, und über ihre Strafbarkeit daher kein Zweifel obwalten kann, daß dabei die große Gemeingefährlichkeit eines solchen Treibens auf der Hand liegt, indem eine bedeutende Anzahl von Personen auf Grundlage ungültiger Heimaths- und Wiederaufnahme-Reverse die Erlaubniß zur Niederlassung erlangt hat und die Commüne der Gefahr ausgesetzt ist, dieselben nebst ihren Familien im Verarmungsfalle ernähren zu müssen, und daß endlich der verhältnißmäßig große Gewinn, den beide Inculpaten aus diesem zuletzt ganz gewerbsmäßig betriebenen Geschäft bezogen haben, gegen sie erschwerend in Betracht gezogen werden muß, da Fonck eingeräumtermaaßen zwischen 3 und 4000 ℛ Crt., Christiansen dagegen ungefähr 700 ℛ für die Herbeischaffung der von den Betreffenden gewünschten Papiere erhalten hat;

in Erwägung, daß der Inculpat Fonck, welcher als der bei Weitem strafbarere von beiden anzusehen ist, soweit solches hat ermittelt werden können, bis zu der Zeit, wo er durch den durch Verlegung der Zollgrenze herbeigeführten Ruin des Tischlergewerbes in Altona in Noth gekommen, ein tadelloses Leben geführt hat, und daß auch der Inculpat Christiansen, obgleich die Nachrichten über seine vita ante acta zum Theil weniger vortheilhaft lauten, doch noch nicht bestraft worden ist,

werden in Erwägung vorstehender Gründe:

der Tischler Theodor Fonck in Ottensen wegen begangener wiederholter Fälschungen zu einer sechsjährigen, und der Schreiber Söncke Aloys

Digitized by Google

Christiansen aus Flensburg wegen desselben Verbrechens zu einer vierjährigen Zuchthausstrafe und zur Erstattung der sie betreffenden Untersuchungskosten, soweit sie des Vermögens, verurtheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 8. Juni 1860.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Auslegung eines an sich unklaren Beweiserkenntnisses. — Der durch ein so beschaffenes Interlocut auferlegte Beweis ist nicht als durch die deswegen gewonnenen Zeugenaussagen erbracht anzusehen, wenn diese Depositionen die Wahrheit des Beweissatzes lediglich seinem äußeren Wortlaut nach bestätigen, mithin für sich allein ebenfalls kein zweifelloses Verständniß gewähren. — Unvollständige Erbringung des directen Gegenbeweises begründet nicht die Auflegung richterlicher Notheide. — Schwursätze über Schadensersatzforderungen sind auf die zur Begründung dieser Forderungen angeführten Thatsachen zu verstellen.

(Beschluß.)

In Erwägung nun, daß, um den Sinn des ersten Gegenbeweissatzes, welcher dahin lautet,

> daß Kläger bis auf die Aufmachung des zwischen den Parteien geführten Contrabuchs auf alle sonstigen Ansprüche des Beklagten verzichtet hat,

zu ermitteln, festgestellt werden muß, was unter den „sonstigen" Ansprüchen, auf welche der Kläger verzichtet haben soll, zu verstehen ist; daß dies aber aus dem Beweissatz selbst, wenn man diesen für sich allein ins Auge faßt, nicht ersehen werden kann, indem es unmöglich ist, die zur Frage stehenden „sonstigen" Ansprüche sich im Gegensatz gegen die im Contrabuch verzeichneten Pöste zu denken, da in dem Contrabuch nach Ausweis der Acten nicht die Forderungen des Klägers, sondern nur die vom Beklagten an den Kläger geleisteten Zahlungen verzeichnet sind; daß demnach die Bedeutung des gedachten Beweissatzes nur durch ein Zurückgehen auf den Inhalt der früheren Verhandlungen, insonderheit auf die Ausführungen in der Exceptionsschrift erkannt werden kann, und daß man diesen zufolge unter den sonstigen Ansprüchen, von welchen in dem fraglichen Passus des Interlocuts die Rede ist, nur diejenigen verstehen kann, welche von dem Beklagten in seiner Vernehmlassung nicht anerkannt worden sind;

in Erwägung, daß zwar drei der von dem Beklagten producirten Zeugen übereinstimmend erklärt haben, daß im December 1861 in ihrer Gegenwart eine Verständigung und Auseinandersetzung zwischen den Parteien stattgefunden habe, und daß bei dieser Gelegenheit der Zeuge Mewes wiederholt den Kläger befragt habe, ob er noch in irgend einer Weise Forderungen an den Beklagten habe, über welche kein Einverständniß vorhanden sei, oder ob er noch irgend etwas vergessen habe, was er berechnen zu können glaube, sowie daß Kläger darauf mit Nein geantwortet und erklärt habe, keine weiteren Ansprüche gegen den Beklagten zu haben; daß jedoch die Zeugen in keiner Weise sich darüber ausgelassen haben, welche Ansprüche bei dieser Auseinandersetzung zur Anerkennung gelangt seien, wie sie denn auch durch die von dem Beklagten aufgestellten Artikel (7—10, 28) zu derartigen Angaben nicht veranlaßt worden sind;

in Erwägung, daß somit, abgesehen von der Frage, ob die von dem Kläger gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen erhobenen Einwendungen begründet sind und ob nach demjenigen, was die Zeugen deponirt haben, von einem eigentlichen Verzicht die Rede sein kann, ein Beweis desjenigen, was nach dem Sinn des Interlocuts zu erweisen war, durch die Aussagen der Zeugen nicht erbracht worden ist, da es an jeder Angabe darüber fehlt, welche Ansprüche bei der stattgehabten Auseinandersetzung vom Beklagten anerkannt sind, und die Aussagen der Zeugen in der That genau ebenso lauten könnten, wie sie es thun, wenn bei der gedachten Auseinandersetzung sämmtliche in der Klage aufgeführten Ansprüche zur Anerkennung gelangt wären;

Digitized by Google

in Erwägung ferner, daß auch die über den Inhalt des dritten Gegenbeweissatzes vom Beklagten unternommene Zeugenbeweisführung ein genügendes Ergebniß nicht gehabt hat, indem von den dazu producirten drei Zeugen nur einer unverdächtig ist und gerade dieser Zeuge über die nach der zweiten Hälfte dieses Beweissatzes zu erhärtende Thatsache etwas auszusagen sich außer Stand erklärt;

daß aber von der Auflegung eines richterlichen Notheides in Betreff des zur Frage stehenden Gegenbeweissatzes nicht die Rede sein kann, indem derselbe in Wirklichkeit nicht eine eigentliche Einrede betrifft, sondern, wie namentlich auch aus einer Vergleichung der betreffenden Ausführung in der Vernehmlassung des Beklagten hervorgeht, nur eine Negation der ersten Hälfte des fünften Hauptbeweissatzes, über welchen der Kläger dem Beklagten den Eid zugeschoben hat, enthält;

in Erwägung, daß es, da die vom Beklagten unternommene Zeugenbeweisführung nicht gelungen ist, zunächst auf die von dem Kläger dem Beklagten zugeschobenen Eide ankommt, sowie daß der Beklagte die über den ersten, dritten, vierten und siebenten Beweissatz ihm nach den Worten des Interlocuts zugeschobenen Eide unbedingt acceptirt, dagegen in Beziehung auf die Fassung der über die übrigen drei Beweissätze ihm deferirten Eide Einwendungen erhoben und nur eventuell diese Eide acceptirt hat;

in Erwägung, daß es zwar, was diese übrigen drei Beweissätze betrifft, sobald der Beklagte einen jeden derselben in seiner ersten Hälfte eidlich abgeleugnet haben wird, nicht mehr auf die in der zweiten Hälfte eines jeden derselben beregten Schadensfragen ankommen kann, daß jedoch für den Fall, daß der Beklagte die in Ansehung der ersten Theile dieser Beweissätze ihm obliegenden Eide nicht leisten würde, die Eide zu normiren sind, welche der Beklagte dann noch mit Rücksicht auf die zweiten Theile der gedachten Beweissätze abzuleisten schuldig sein würde;

in Erwägung, was die Fassung der von dem Beklagten acceptirten Schiedseide betrifft, daß dieselben wegen des ersten, dritten, vierten und siebenten Beweissatzes so, wie er dieselben angenommen, nämlich nach der Wortfassung des Interlocuts zu normiren sind; daß ferner die ersten Hälften der Beweissätze 2, 5 und 6 nur solche Thatsachen betreffen, von welchen dem Beklagten eine Wissenschaft füglich zuzumuthen steht, und daß wegen der zweiten Hälfte dieser drei Beweissätze die Eide auf diejenigen ebenfalls nicht außer eigener Kunde des Beklagten liegenden Thatsachen zu verstellen sind, auf welche der Kläger sich für die betreffenden Schadensersatzforderungen näher bezogen hat;

in Erwägung endlich, daß, falls der Beklagte die ihm über den ersten, dritten, vierten und siebenten Beweissatz, sowie über die ersten Theile des zweiten, fünften und sechsten Beweissatzes zugeschobenen Eide ableistet, dadurch festgestellt wird, daß der Kläger nur die in der Vernehmlassung zugestandenen Forderungen an den Beklagten hat, daß es also in diesem Fall auf den über den ersten Gegenbeweissatz dem Kläger eventuell zugeschobenen Eid nicht mehr ankommen kann; daß dagegen die Eideszuschiebung über den zweiten Gegenbeweissatz unter allen Umständen in Betracht kommt, indem der Beklagte in seiner Vernehmlassung eingeräumt hat, dem Kläger aus den in der Klage aufgeführten Verhältnissen noch 46 ℛ 10 ß R.-M. schuldig zu sein;

in Erwägung, daß diesem Allem nach die Beschwerde des Supplicanten in der Hauptsache als begründet zu erachten ist, eine Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der Gegenbeweisführung aber zur Zeit nicht als gerechtfertigt erscheint,

wird bei Mittheilung der am 8. März d. J. eingegangenen Erklärung des Supplicaten an den Supplicanten hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß dahin abzuändern, daß Beklagter dasjenige, was ihm zufolge Interlocuts vom 30. October 1862 unter 1 zu beweisen freigelassen war, durch die von ihm producirten Zeugen nicht erwiesen, auch den Beweis des dritten Gegenbeweissatzes durch die producirten Zeugen nicht zur Genüge erbracht habe und daher schuldig sei, in einem nunmehr dafür anzuberaumenden Termin

1) die ihm über den ersten, dritten, vierten und siebenten Beweissatz zugeschobenen und unbedingt von ihm acceptirten Eide in der Wortfassung des Interlocuts vom 30. Octbr. 1862 abzuleisten;

Digitized by Google

2) den ihm über den zweiten Beweissatz zugeschobenen und eventuell von ihm acceptirten Eid dahin zu leisten:

daß es nicht wahr sei, daß Kläger ihm (dem Beklagten) die in seiner Rechnung aufgeführten sonstigen (d. h. nicht im ersten Beweissatz erwähnten) Arbeiten, insofern solche nicht von ihm (dem Beklagten) als geleistet anerkannt worden, selbst oder durch Andere geleistet habe,

sowie für den Fall, daß er diesen Eid nicht leisten würde zu schwören:

daß die für diese Arbeiten notirten Preise nicht die vereinbarten oder üblichen Preise seien, sondern wie viel weniger diese betragen;

3) den ihm über den fünften Beweissatz zugeschobenen und eventuell von ihm acceptirten Eid dahin abzuleisten:

daß es nicht wahr sei, daß die fragliche Ziegelei vom 8. bis 30. Juni 1861 mit Wasser überlaufen gewesen sei, dergestalt, daß die Arbeit erst am 4. Juli 1861 habe wieder beginnen können,

sowie für den Fall, daß er diesen Eid nicht leisten würde, zu schwören:

daß während der durch den gedachten Umstand veranlaßten Arbeitsversäumniß dem Kläger nicht der Verdienst für Anfertigung von 70,000 zehnzölligen Mauersteinen mit 168 ℔ 42 ß R.-M., jetzt 315 ₽ 13 ß Crt., entgangen, sondern welcher geringere Verdienst ihm dadurch nur entgangen sei;

4) den ihm über den sechsten Beweissatz zugeschobenen und eventuell von ihm angenommenen Eid dahin zu leisten:

daß es nicht wahr sei, daß Kläger durch den Mangel an Lehm genöthigt gewesen sei, sonstige Massen zur Fabrikation von Mauersteinen zusammenzurühren,

sowie für den Fall, daß er diesen Eid nicht leisten würde, zu schwören:

daß zufolge des gedachten Umstandes dem Kläger nicht der Verdienst für Anfertigung von 30,000 neunzölligen Mauersteinen mit 55 ℔ 90 ß R.-M., jetzt 104 ₽ 14 ß Crt., entgangen, sondern welcher geringere Verdienst ihm dadurch nur entgangen sei;

daß aber Kläger, falls der Beklagte diese Eide sämmtlich oder theilweise nicht leisten würde, annoch schuldig sei, in Ansehung des ihm über den ersten Gegenbeweissatz event. zugeschobenen Eides, welcher dahin formulirt wird:

daß es nicht wahr sei, daß er, Kläger, bis auf die Aufrechnuug des zwischen den Parteien geführten Contrabuchs auf alle Ansprüche an den Beklagten, soweit sie von diesem in seiner Vernehmlassung bestritten werden, verzichtet habe,

sich zu erklären, sowie auch, und gleichviel ob die vorerwähnten Eide geleistet oder nicht geleistet werden, schuldig sei, sich zu erklären wegen des über den zweiten Gegenbeweissatz deferirten Eides. Unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz und Aussetzung der Entscheidung über die Kosten der vorigen Instanz.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig, den 4. Juni 1864.

Criminalfall.

Die Nichthinzuziehung des Gerichtsschreibers bei Publication eines Erkenntnisses begründet keine Nichtigkeit des Erkenntnisses.

In Untersuchungssachen wider den Arbeitsmann Paul Christian Paulsen aus Maasbüll,

wegen ersten wiederholten kleinen Diebstahls,

wird, auf die wider das Erkenntniß des Criminalgerichts der Böcking-Harde vom 19. April d. J. von dem Obersachwalteramte ergriffene Supplication,

Digitized by Google

in Erwägung, daß das Oberſachwalteramt auf Caſſation des unterm 19. April d. J. von dem Criminalgerichte der Böcking-Harde abgegebenen Straferkenntniſſes, durch welches den Arbeitsmann Paul Chriſtian Paulſen aus Maasbüll, wegen Diebſtahls zu einer 2mal 5tägigen Gefängnißſtrafe bei Waſſer und Brod verurtheilt worden, allein aus dem Grunde angetragen hat, weil das Erkenntniß ohne Zuziehung eines Gerichtsſchreibers zu Protocoll genommen und publicirt worden;

in Erwägung, daß durch das in Gemäßheit Allerhöchſter Reſolution vom 9. October 1859 erlaſſene Miniſterialſchreiben vom 20. ſ. M. mit Beziehung auf die Böcking-Harde vorgeſchrieben iſt, daß der Gerichtsſchreiber in Criminalſachen als Protocollführer und Actuar zu fungiren habe;

in Erwägung, daß in vorliegendem Falle das Erkenntniß von dem Hardesvogt, welchem nach obgedachtem Miniſterialſchreiben die Proceßleitung und Entſcheidung in Criminalſachen zuſteht, ohne Zuziehung eines Gerichtsſchreibers, deſſen Stelle augenblicklich vacant war, zu Protocoll genommen und publicirt worden;

in Erwägung, daß zwar, ſofern nach der Gerichtsverfaſſung ein ſelbſtſtändiges Actuariatsamt beſteht, im Allgemeinen Gerichtsverhandlungen bei Vermeidung der Nichtigkeit unter Zuziehung des Gerichtsſchreibers vorzunehmen ſind, daß aber doch eine Vertretung des Gerichtsſchreibers durch den Richter beſonders in Nothfällen nicht als ſchlechthin ausgeſchloſſen betrachtet werden kann, inſofern nicht etwa ſolche Gerichtshandlungen in Frage ſtehen, auf welche vorzugsweiſe der Beweis der Schuld des Inculpaten begründet werden ſoll, ſondern die Thätigkeit des Actuars, um welche es ſich handelt, eine ſolche iſt, bei welcher der Zweck, welchen die Gegenwart und Thätigkeit des Actuars hat, die Sicherheit der gerichtlichen Handlungen zu garantiren und eine Controle des Richters zu begründen, gänzlich hinwegfällt oder doch ſehr in den Hintergrund tritt;

in Erwägung, daß die Thätigkeit, welche der Gerichtsſchreiber in dem Termin der Publication des Straferkenntniſſes hat, ſoweit ſie darin beſteht, daß er das Erkenntniß in das Gerichtsprotocoll einträgt und daß er etwa daſſelbe verlieſt, als eine durchaus mechaniſche erſcheint, und daß in dieſer Beziehung von einer ſelbſtſtändigen Function des Gerichtsſchreibers durchaus nicht die Rede ſein kann, ſowie daß bei der ferneren Thätigkeit, welche der Gerichtsſchreiber im Publicationstermin hat und die darin beſteht, daß er die geſchehene Publication des Erkenntniſſes atteſtirt, wenn es ſich auch in Anſehung dieſer Thätigkeit nicht in gleicher Weiſe, wie in Anſehung der früher erwähnten Thätigkeit verhält, doch der Geſichtspunkt, welcher der Einrichtung eines ſelbſtſtändigen Actuariats zu Grunde liegt, ſo ſehr zurücktritt, daß eine Vertretung des Gerichtsſchreibers durch den Hardesvogt in Nothfällen nicht als unzuläſſig betrachtet werden kann;

in Erwägung daher, daß die von dem Hardesvogt in vorliegendem Falle ohne Zuziehung eines Gerichtsſchreibers vorgenommene Publication des von ihm beſchloſſenen Erkenntniſſes nicht als nichtig zu betrachten, der Antrag des Oberſachwalteramts auf Caſſation des Erkenntniſſes daher nicht begründet iſt,

ein abſchlägiger Beſcheid

ertheilt.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig zu Flensburg, den 28. Mai 1864.

Berichtigung.

In dem 34. Stück der Anzeigen d. J. iſt S. 235 Z. 8 v. u. zu leſen: „wird für Recht erkannt", und ebendaſelbſt Z. 19 v. u. zu leſen: „in Gegenwart des Jeſſen".

Es wird gebeten, Beſtellungen auf das 4. Quartal 1864 der „Schleswig-Holſteiniſchen Anzeigen" **vor Ablauf** des 3. Quartals bei den Poſtcomtoiren des Wohnorts gefällig beſchaffen zu wollen.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

37. Stück. — Den 12. September 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Ersitzung einer Wegegerechtigkeit; Einfluß des Umstandes, daß das praedium dominans während der Verjährungsfrist an den Eigenthümer des praedium serviens verpachtet gewesen ist.

In Sachen des Kammerherrn und Hofjägermeisters Grafen von Hahn, als Besitzers des adeligen Guts Neuhaus, Beklagten, dann Producenten und Reproducten, jetzt Deducenten und Gegendeducten,

wider

die Wittwe Christina Magdalena Hansohm, geb. Lüth, zu Nienthal c. c. für sich und ihre Kinder, Klägerin, dann Productin und Reproducentin, jetzt Deductin und Gegendeducentin,

wegen einer streitigen Wegegerechtigkeit, jetzt wegen De- und Gegendeduction,

ist durch Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts zu Kiel vom 11. August 1860 dem Beklagten der alternative Beweis auferlegt worden:

daß im Herbst 1855 der Curator der Klägerin Martens in ihrem Auftrage das Recht des Beklagten, nach dem Teiche über die „große Koppel" zu fahren, anerkannt habe,

oder:

daß er und seine Vorbesitzer während der Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen vor stattgehabtem Widerspruch der Klägerin den in Anspruch genommenen Weg über die „große Koppel" zum Fahren nach dem Teiche benutzt haben.

Zugleich ist dem Beklagten der Gegenbeweis freigelassen worden:

daß das zum Wege benutzte Terrain nicht zum Eigenthum der Klägerin an der „großen Koppel" gehöre.

Der Beklagte hat, und zwar rechtzeitig, den Beweis des ersten Satzes durch 3 Zeugen und eventuelle Eidesdelation, den des zweiten Satzes durch 14 Zeugen, durch Documente, nämlich durch die im Jahr 1826 von dem Landmesser Henrici angefertigte Lütjenburger Feldkarte und durch einen Attest des Lütjenburger Magistrats vom 27. October 1860, ferner durch richterlichen Augenschein und eventuell durch Eidesdelation, endlich den ihm freigelassenen Gegenbeweis durch Documente, nämlich die schon erwähnte Lütjenburger Feldkarte, das dazu gehörende Lütjenburger Erdbuch, den vorgedachten Attest des Lütjenburger Magistrats und (falls es für erforderlich erachtet werden sollte) durch den Kaufbrief vom 23. Juni 1834, wodurch der verstorbene Ehemann der Productin Nienthal erworben, sowie durch Sachverständige angetreten, von welchen er den einen in der Person des Landmessers Speck zu Gaarden vorgeschlagen, die Auswahl des zweiten Sachverständigen aber der Gegenpartei überlassen hat. Dieser Beweisantretung war von den Documenten nur der Attest des Lütjenburger Magistrats angeschlossen, hinsichtlich der Lütjenburger Feldkarte und des Erdbuchs war ein Antrag auf geeignete Herbeischaffung derselben, hinsichtlich des Kaufcontracts der Antrag gestellt, daß der Productin aufgegeben werden möchte, das Original desselben entweder selbst vorzulegen oder dem Producenten zur Vorlage auszuliefern.

Digitized by Google

Die Klägerin hat in ihrer Erklärung über die Beweisantretung den über den ersten Beweissatz eventuell ihr zugeschobenen Eid acceptirt, die Echtheit des producirten Atteſtes des Lütjenburger Magiſtrates anerkannt, dagegen wider die Berückſichtigung der übrigen von dem Beklagten nicht zu den Acten gebrachten Documente ſich ausgeſprochen; ſie hat ferner die Erklärung über die eventuelle Eideszuſchiebung hinſichtlich des zweiten Beweisſatzes ſich bis dahin vorbehalten, daß das Reſultat der hauptſächlichen Beweisführung vorliege, endlich ihrerſeits als zweiten Sachverſtändigen den Landmeſſer Bargum in Kiel vorgeſchlagen.

Von der zur Beweisaufnahme in dieſer Sache beſtellten landgerichtlichen Commiſſion iſt hierauf durch Decret vom 14. September 1861 bei Anberaumung eines Termins zur Zeugenvernehmung den Parteien mitgetheilt worden, daß in Betreff der namhaft gemachten Lütjenburger Karte nebſt Erdbuch die Commiſſion angewandt ſein werde, dieſe Urkunden behufs Vorlegung im Termin und Benutzung bei der Beweisaufnahme von dem Magiſtrat der Stadt Lütjenburg ſich zur Dispoſition ſtellen zu laſſen, wogegen in Betreff des von dem Producenten inducirten Kaufbriefes vom 23. Juni 1834 auf ſeinen Antrag, die Productin zur Vorlage deſſelben zu nöthigen, nicht habe eingetreten werden können.

Es hat ſodann am 21. October 1861 und den folgenden Tagen die eidliche Vernehmung der Beweiszeugen über Artikel und Fragſtücke, die Einnahme des Augenſcheins und die Vorlegung der Lütjenburger Feldkarte und des Erdbuchs ſtattgehabt.

Darauf hat die Klägerin rechtzeitig einen Gegenbeweis durch 9 Zeugen angetreten, welche ebenfalls eidlich über Artikel und Fragſtücke am 6. und 8. Auguſt v. J. abgehört worden ſind.

Endlich haben die auf ihren Amtseid mittelſt Handſchlags verpflichteten Sachverſtändigen auf Grund der ihnen von der Commiſſion gewordenen Inſtruction ihr Gutachten abgegeben, worauf nach Eröffnung des Zeugenrotuls ſ. w. d. a., das Deductionsverfahren, und zwar in Folge eines desfälligen Antrages der Parteien noch in der vor Erlaſſung des Geſetzes vom 14. Juli d. J. üblichen Weiſe ſtattgefunden hat.

Es ſteht demnach nunmehr zur Frage: ob der Beklagte und Producent die ihm auferlegten Beweiſe erbracht hat.

In Erwägung nun, was

1) den dem Beklagten freigelaſſenen Gegenbeweis darüber, daß das nach ſeiner Behauptung zum Wege benutzte Terrain nicht zu dem Eigenthum der Klägerin an der „großen Koppel“ gehöre, betrifft: daß allerdings auf der Lütjenburger Feldkarte ein in der von dem Beklagten beanſpruchten Richtung über die Koppel der Klägerin zum Teichdamm führender Weg ſich verzeichnet findet und daß durch das von den Sachverſtändigen erſtattete Gutachten ſich herausgeſtellt hat, daß in dem Areal von 6 Tonnen 4 Schipp 19 []Ruthen 48 []Fuß, mit welchem die große Koppel in dem auf die Vermeſſungen der erwähnten Karte ſich gründenden Lütjenburger Erdbuch aufgeführt iſt, das von den Sachverſtändigen auf 47 []Ruthen berechnete Terrain des auf der Karte verzeichneten Weges nicht enthalten iſt;

daß aber von dem Beklagten keineswegs auch der Nachweis geliefert worden iſt, daß dieſes Wegeterrain von dem Ehemann und Vorbeſitzer der Klägerin, als er im Jahre 1834 die große Koppel käuflich erwarb, nicht auch mit dem übrigen Terrain dieſer Koppel erworben worden ſei,

in Erwägung nämlich, daß, wenn auch aus dem Atteſte des Lütjenburger Magiſtrates vom 27. Octbr. 1860 hervorgeht, daß die große Koppel nach dem Kaufbriefe vom 23. Juni 1834, wodurch der verſtorbene Ehemann der Klägerin dieſe Koppel erworben hat, die in dem Erdbuch verzeichneten Maaße enthält, doch aus dieſer bloßen Angabe des Areals in dem Contract, da dieſer ſelbſt nicht als Beweisdocument inducirt worden, nicht zu entnehmen iſt, daß der damalige Verkäufer die große Koppel mit Ausſchluß des Wegeterrains an den Ehemann der Klägerin habe verkaufen wollen, wogegen der Umſtand ſpricht, daß, wie von dem Beklagten ſelbſt plauſibel gemacht worden, das fragliche Wegeterrain in dem Erdbuch wahrſcheinlich nur in Folge eines Verſehens nicht als integrirender Beſtandtheil der großen Koppel aufgeführt worden iſt und daß, wie die Ausſagen der vernommenen Zeugen ergeben, ein eigentliches von der übrigen Koppel durch erkennbare Grenzen geſchiedenes Wegeareal überall nicht exiſtirt hat, ſo daß nicht zu erſehen iſt, weshalb der Verkäufer der Koppel mit dem übrigen Inhalt nicht auch das einen integrirenden Beſtandtheil derſelben bildende angebliche Wegeterrain, welches noch dazu, wie ebenfalls aus den Zeugenausſagen hervorgeht, immer

Digitized by Google

in gleicher Weise wie das übrige Areal der Koppel benutzt worden ist, an den Vorbesitzer der Klägerin hätte übertragen sollen;

in Erwägung, daß daher der von dem Beklagten versuchte directe Gegenbeweis gegen das Fundament der Klage für mißlungen zu erachten ist;

in Erwägung sodann, was

2) den von dem Beklagten unternommenen Exceptionalbeweis über die geschehene Anerkennung des von ihm in Anspruch genommenen Rechts durch den Curator der Klägerin betrifft:

daß die Aussage des Zeugen 3, des Bürgermeisters Brinkmann in Lütjenburg, welcher lediglich über Aeußerungen, welche von dem Curator der Klägerin Martens ihm gegenüber bei einer Einsichtnahme der Lütjenburger Feldkarte gemacht worden, sich ausgesprochen, für die zum Beweise verstellte Anerkennung, welche nur dem Beklagten selbst oder einem legitimirten Vertreter desselben gegenüber geschehen konnte, überall nichts ergeben hat;

daß der Zeuge 2, der Inspector Nissen auf Neuhaus, wegen seiner persönlichen Stellung zu dem beklagten Gutsherrn und der daraus hervorgegangenen vielfachen eignen Betheiligung an den Vorgängen zwischen den Parteien, welche dem Rechtsstreit vorangegangen sind,

cf. Art. 51—53 und 57,

als ein inhabiler Zeuge zu betrachten ist, daß übrigens auch von diesem Zeugen nicht einmal mit Bestimmtheit die auf genügende Thatsachen und nicht lediglich auf die Anschauung und das Dafürhalten des Zeugen gegründete Behauptung hat aufgestellt werden können, daß der Curator Martens, als er nach seiner Behauptung gegen ihn das Recht der Gutsherrschaft, über die große Koppel nach dem Teiche zu fahren, anerkannt, dabei im Auftrag seiner Curandin gehandelt habe,

cf. Art. 48 a und b und 49;

daß aber endlich der Zeuge 1, der mehrerwähnte Curator Martens selbst, welcher dem Beklagten gegenüber, von dem er producirt worden, als ein classischer Zeuge zu betrachten ist, nichts davon erinnert, daß er gegen den Inspector Nissen erklärt habe, wie gegen das Fahren über die große Koppel, sowie nach der Stadtkarte der Weg über selbige führe, Seitens der Besitzerin von Nienthal nichts einzuwenden stehe,

cf. Art. 15.

und es zum Artikel 18 in Abrede gestellt hat, daß er den fraglichen Weg als einen rechtlich begründeten anerkannt habe,

so daß auch dieser Beweis des Beklagten für verfehlt zu erachten und daher in Betreff desselben auf den von der Klägerin eventuell bereits angenommenen Schiedseid zu recurriren ist;

in Erwägung endlich, was

3) den dem Beklagten zuerkannten Beweis des vor dem im Herbst 1855 geschehenen Widerspruch stattgehabten Erwerbs des fraglichen Rechts durch Verjährung betrifft:

daß nach den eigenen Anführungen des Beklagten der Deffchendiek ungefähr seit Maitag 1835 fast ohne Unterbrechung an den verstorbenen Ehemann der Klägerin, welcher Nienthal damals bereits erworben, und nach seinem Tode an die Klägerin verpachtet gewesen ist; daß die Aussagen der sämmtlichen Zeugen über eine während dieser Pachtzeit von Seiten des Gutes Neuhaus geschehene Benutzung des Weges nichts ergeben haben, während von den Zeugen 2, 5, 8, 10, 12 und 13 bestimmt behauptet worden ist, daß eine solche Benutzung des Weges, so lange der Teich an Nienthal verpachtet gewesen, nicht geschehen sei,

cf. Art. 76 Fragst. 8, Art. 94b und 96;

daß aber eine von Seiten des Pächters während der Pachtzeit etwa geschehene Benutzung des Weges nicht zu Gunsten des Beklagten in Betracht gezogen werden kann, da nicht angenommen werden darf, daß derselbe, welcher zugleich Besitzer des praedium serviens war, seinem eigenen Grundstück gegenüber durch Besitzhandlungen, die er für den Beklagten vorgenommen, eine Servitut auf dem Wege der Verjährung habe begründen wollen, wozu, auch abgesehen von diesen speciellen Besitzverhältnissen, der Pächter eines Grundstücks nicht verpflichtet ist, da derselbe zwar darauf zu achten hat, daß die einmal begründeten dem gepachteten Grundstück zustehenden Servituten nicht durch Nichtgebrauch erlöschen, nicht aber auch dafür zu sorgen hat, daß demselben Servituten auf dem Wege der Verjährung erworben werden;

in Erwägung, daß demzufolge die Zeit, während welcher der Teich verpachtet gewesen, für den Erwerb der Wegegerechtigkeit nicht in Betracht kommen kann, und es daher nur zur Frage steht, ob vor Maitag 1835, also in dem Zeitraum von 1804 bis 1835, eine Ver-

Digitized by Google

jährung binnen sächsischer Frist zu Stande gekommen ist, indem über frühere Verpachtungen an die Besitzer von Nienthal nichts so Bestimmtes vorliegt, daß sich die Statthaftigkeit einer Verjährung auch noch für eine frühere Zeitperiode ausschließen ließe;

in Erwägung aber, daß eine Reihe der von dem Beklagten producirten Zeugen, wie die Zeugen 7 und 10 bis 14, schon mit Rücksicht auf ihr Alter für den Beweis einer mit dem Jahre 1804 beginnenden Benutzung des fraglichen Weges nicht in Betracht kommen kann, daß der Zeuge 1 über dieselbe überall nur vom Hörensagen deponirt hat, was für die Beweisführung über eine Verjährung von bestimmter Zeitdauer, wie die zur Frage stehende, ohne Relevanz ist, und daß die Aussagen der übrigen Zeugen nicht weiter als höchstens bis zum Jahre 1810 zurückgehen, indem der Zeuge 2 den Weg, welchen das Gut Neuhaus benutzt habe, um zum Teich zu gelangen, erst seit reichlich 40 Jahren vor seiner Abhörung zu kennen behauptet,

cf. Art. 76, Fragst. 2,

der Zeuge 3 den Teich zuerst in den Jahren 1816, 1817 oder 1818 kennen gelernt hat, als er, damals als Knecht auf dem Gute Neuhaus dienend, von dem Verwalter Einem beordert worden ist, nach dem Teiche zu fahren und dort Fische zu holen,

cf. Art. 2, Fragst. 1 und 3,

der Zeuge 4, welcher von 1810 bis 1812 als Kutscher auf Neuhaus in Dienst gestanden, den Teich zuerst gesehen hat, als er im ersten oder zweiten Jahr seines Dienstes mit dem Inspector einmal nach dem Teiche, welcher damals hat gefischt werden sollen, gefahren ist,

cf. Art. 2, Fragst. 1 und Art. 76, Fragst. 1,

der Zeuge 5, welcher von 1810 bis 1826 als Knecht auf Neuhaus gedient hat, nur während dieses seines Dienstes ein- oder zweimal mit dem Verwalter zum Fischen nach dem Desschendiek gefahren ist,

cf. Art. 116, Fragst. 2 und 3,

der Zeuge 6 um das Jahr 1810 auf Neuhaus Fischerknecht geworden ist und während dieses Dienstes den fraglichen Weg zum Fahren nach dem Teiche benutzt hat,

cf. Art. 121 und 122,

endlich die Zeugen 8 und 9 den von Seiten des Gutes benutzten Weg erst resp. seit dem Jahre 1816 und seit 20 Jahren zu kennen erklären,

cf. Art. 76, Fragst. 2;

in Erwägung, daß demnach von dem Beklagten jedenfalls für den Zeitraum von 1804 bis 1810 keine Besitzhandlungen, durch welche die beanspruchte Wegegerechtigkeit hätte erworben werden können, nachgewiesen worden sind, und daher, da auch der Umstand, daß auf der öfter erwähnten Lütjenburger Feldkarte ein in der von ihm beanspruchten Richtung über die große Koppel der Klägerin führender Weg verzeichnet ist, nichts für die während eines bestimmten Zeitraums stattgehabte factische Benutzung dieses Weges beweisen kann, der von ihm unternommene Beweis des in Rede stehenden zweiten Beweissatzes mißlungen ist;

in Erwägung aber, daß andererseits von der Klägerin kein ausreichender Gegenbeweis dafür beigebracht worden ist, daß ein Erwerb der streitigen Wegegerechtigkeit für das Gut Neuhaus auf dem Wege der Verjährung nicht eingetreten ist, indem einestheils der Umstand, daß nach den Aussagen verschiedener Gegenbeweis- und zum Theil auch Beweiszeugen auch andere Wege von Seiten des Gutes benutzt worden sind, um zum Teich zu gelangen, an sich nicht einer zum Erwerb der Servitut durch Verjährung ausreichenden Benutzung des streitigen Weges entgegensteht und anderntheils aus den Aussagen des Gegenbeweiszeugen 3 und des Beweiszeugen 13 über das um das Jahr 1823 geschehene Aufgraben des Thorloches in der großen Koppel,

cf. Gegenbeweisart. 56,

Beweisart. 147 und Fragst. 1 zu demselben,

weder zu entnehmen ist, daß mit diesem Aufgraben ein Verbot an die Gutsherrschaft, sich fortan des fraglichen Weges zu bedienen, verbunden gewesen, noch auch, daß dadurch die Gutsherrschaft, welche nach der Angabe des Beweiszeugen 13 das Thorloch sofort hat wieder in Stand setzen lassen, an der Benutzung des Weges behindert worden ist, wie denn auch endlich die Aussagen des Gegenbeweiszeugen 7, nach welchen während seines nach dem Gegenbeweisartikel 36 mit dem Jahre 1829 oder 1830 beginnenden vierjährigen Aufenthalts auf Nienthal das fragliche Thorloch fortwährend geschlossen gewesen,

cf. Gegenbeweisartikel 77,

eine singulaire geblieben ist;

in Erwägung, daß demzufolge die Ergebnisse des von der Klägerin versuchten Gegenbeweises der Zu-

Digitized by Google

lassung der von dem Beklagten eventuell zur Hand genommenen Eideszuschiebung über den zweiten Beweissatz nicht entgegenstehen und somit Klägerin zur Abgebung der bisher von ihr vorbehaltenen Erklärung über diesen Beweis zu veranlassen ist, daß aber dem Beklagten nach anerkanntem processualischen Grundsatz bei der mißlungenen Beweisführung die sämmtlichen Kosten des bisherigen Beweisverfahrens zur Last fallen müssen,

wird auf eingelegte Recesse und stattgehabte mündliche Verhandlung hiemittelst von Landgerichtswegen für Recht erkannt:

daß Beklagter dasjenige, was ihm durch das Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts zu Kiel vom 11. August 1860 zu beweisen auferlegt worden, wie Rechtens nicht erwiesen habe und daher schuldig sei, der Klägerin die durch das Beweisverfahren ihr anzeurfachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten;

die Klägerin aber sich über den von dem Beklagten über die Thatsache:

daß er und seine Vorbesitzer während der Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen vor stattgehabtem Widerspruch der Klägerin den in Anspruch genommenen Weg über die große Koppel zum Fahren nach dem Teiche benutzt haben,

ihr zugeschobenen Eid binnen gleicher Frist in rechtsgehöriger Weise zu erklären habe.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Landgerichte zu Glückstadt, den 15. October 1863.

Der Beklagte appellirte gegen dies Erkenntniß an das Oberappellationsgericht zu Kiel, wurde aber von diesem am 10. August d. J. unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe abschlägig beschieden.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Setzwirthschaft. — Den Erben der verstorbenen Setzleute steht als solchen kein Recht zu auf Fortsetzung des Contractsverhältverhältnisses.

Auf die unterm 9. Juni d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte der Margaretha Catharina Wilhelmsen c. c. zu Haferkoppel und der Friederike Dorothea Matthiesen, geb. Wilhelmsen, c. c. m. zu Ackebye,

betreffend den mit ihrer verstorbenen Mutter und ihrem verstorbenen Stiefvater unterm 27. Januar 1852 über die väterliche Parcelenstelle errichteten Setzcontract,

ergeht bei Retradirung der Originalanlagen der Vorstellung,

in Erwägung,

1) daß der Parcelist Heinr. Wilhelmsen zu Haferkoppel im adel. Gute Carlsburg im Jahre 1848 mit Hinterlassung einer Wittwe und dreier unmündiger Kinder, zweier Töchter (der beiden gegenwärtigen Supplicantinnen) und eines Sohnes, mit Tode abgegangen ist und daß, nachdem die Wittwe einige Jahre mit ihren Kindern in ungetheilten Gütern sitzen geblieben war, mit Rücksicht auf die Wiederverheirathung derselben zu einer gerichtlichen Erbtheilung geschritten und gleichzeitig durch einen am 27. Januar 1852 abgeschlossenen Setzungs- und Abnahmecontract der Landbesitz des verstorbenen Wilhelmsen mit allem Zubehör der Wittwe desselben und ihrem zweiten Ehemann für die Zeit bis zum 1. Mai 1870 in Setzung übergeben ist; sowie daß darauf zuerst der zweite Ehemann der Wittwe Wilhelmsen und sodann unterm 19. April d. J. auch die Letztere gestorben ist, indem sie außer den Kindern der ersten Ehe noch ein Kind aus der zweiten Ehe hinterlassen hat;

2) daß unter den Kindern der Verstorbenen, beziehungsweise deren Vormündern, in dem am 13. Mai d. J. vor der Eckernförder Hardesvogtei abgehaltenen Deliberationstermin Differenzen darüber entstanden sind, ob der Setzungscontract mit dem Tode der Erblasserin erloschen sei oder für Rechnung und zum Besten der sämmtlichen Erben bis zum 1. Mai 1870

Digitized by Google

fortgesetzt werden dürfte, und daß die Eckernförder Hardesvogtei gleich in dem Deliberationstermin auf den Antrag aller Betheiligten die gedachte Frage entschieden hat und zwar dahin, daß der Setzungstontract vom 27. Januar 1852 als mit dem Tode der Erblasserin für erloschen in Betreff der Festsetzung der Setzwirthschaft zu erachten sei;

3) daß, nachdem die Supplicantinnen nunmehr mit einer desfalls zwischen sämmtlichen Erben getroffenen Vereinbarung durch die von ihnen beschaffte Eingabe die Sache zur Entscheidung des Appellationsgerichts gebracht haben, es gegenwärtig wie in der Unterinstanz allein zur Frage steht, ob die Setzwirthschaft mit dem Tode der Setzleute erlischt oder auf die Erben derselben übergeht;

4) daß der unterm 27. Januar 1852 abgeschlossene Setzungscontract keine Bestimmung darüber enthält, wie es verhalten werden soll, wenn beide Setzleute (die Wittwe des früheren Parcelenbesitzers Wilhelmsen und deren zweiter Ehemann) mit Tode abgehen, und daß diese Frage auch weder durch unsere Gesetzgebung noch durch eine bestimmte Praxis entschieden ist, daß es demnach bei der Entscheidung der Frage auf die inneren Gründe ankommen muß;

5) daß das Institut der Setzwirthschaft offenbar darauf beruht, daß im Fall einer Unmündigkeit des Anerben eine vormundschaftliche Verwaltung des Bauerguts dem Interesse der Stelle, sowie des Anerben und seiner Angehörigen, beziehungsweise des Obereigenthümers, nicht entspricht, daß es vielmehr im allseitigen Interesse liegt, die Verwaltung des Bauerguts für die Zeit der Unmündigkeit des Anerben einer selbstständigen zur Bewirthschaftung fähigen Person anzuvertrauen, welche die Stelle für eigene Rechnung administrirt, dafür aber die sämmtlichen Lasten der Stelle zu tragen und namentlich auch für die Erziehung der unmündigen Kinder des verstorbenen Bauers zu sorgen hat; daß es hiernach bei der Abschließung des Setzungscontracts wesentlich darauf ankommt, daß die Setzleute die zur Bewirthschaftung eines Bauerguts erforderlichen Eigenschaften haben und daß auch, abgesehen davon, die Abschließung des Setzcontracts immer ein Vertrauen in die Person des Setzwirths, sei es allein wegen seiner persönlichen Eigenschaften oder zugleich wegen seiner nahen verwandtschaftlichen Beziehungen zum Anerben, voraussetzt; daß aber aus diesen Gründen ein Uebergang der Setzwirthschaft auf die Erben nicht stattfinden kann, wie denn auch in der Theorie allgemein angenommen wird, daß die Setzwirthschaft mit dem Tode der Setzleute erlischt;

6) daß die von den Supplicatinnen hingegen hervorgehobenen Gründe nicht stichhaltig sind, indem

a) die Regel, daß die Rechte und Verbindlichkeiten aus Contracten auf die Erben übergehen, zwar für die einzelnen, bereits begründeten obligatorischen Ansprüche (actiones) mit einigen Ausnahmen gilt, aber für die obligatorischen Verhältnisse selbst keineswegs in gleicher Allgemeinheit angenommen werden kann, vielmehr eine nicht geringe Zahl von obligatorischen Verhältnissen wegen ihrer streng persönlichen Beziehung nicht auf die Erben übergeht, wie z. B. das Mandat, die Vormundschaft, die verschiedenen Fälle der cura bonorum;

b) die Bemerkung der Supplicantinnen, daß die Erfüllung der von den Setzleuten übernommenen Verpflichtungen sich auch nach ihrem Tode erreichen lasse, als unzutreffend erscheint, da die Unvererblichkeit der Setzwirthschaft nicht sowohl in dem Gegenstand der von den Setzleuten übernommenen Verpflichtungen, als vielmehr in der strengen Beziehung des Setzungscontracts auf die bestimmten Personen, mit denen als Setzleuten der Contract abgeschlossen worden ist, ihren Grund hat;

c) die Behauptungen der Supplicantinnen, daß ihnen die Fortsetzung der Setzwirthschaft nach dem Tode der Setzleute gewissermaaßen als Entschädigung dafür dienen müsse, daß die Ländereien ihres Vaters bei der Erbtheilung so niedrig taxirt seien, gleichfalls nicht in Betracht kommen kann, da man keinen Grund zu der Annahme hat, daß die Ländereien deshalb so niedrig taxirt sind, weil der Setzungscontract für die Zeit bis zum 1. Mai 1870 abgeschlossen wurde;

7) daß man ebensowenig sich gegen die Unvererblichkeit der Setzwirthschaft darauf berufen kann, daß in den Setzungscontracten den Setzleuten manchmal zur Pflicht gemacht wird, erhebliche Verbesserungen vorzunehmen, die sie bei Ablauf der Setzjahre nicht erstattet verlangen können, und daß gerade rücksichtlich solcher Auflagen in der Regel angenommen werden muß, daß dieselben den Setzleuten nicht gemacht und von ihnen nicht übernommen wären, wenn der Setzungscontract nicht auf die bestimmte Zeit abgeschlossen wäre; daß vielmehr hieraus nichts weiter sich ergiebt, als daß in einem solchen Falle, wenn der Setzwirth

Digitized by Google

vor Ablauf der Setzjahre stirbt, den Erben desselben ein verhältnißmäßiger Ersatz derjenigen Verwendungen ꝛc. zu Theil werden muß, die dem Setzwirth nur mit Rücksicht darauf, daß er die Setzwirthschaft die ganze contractliche Zeit hindurch haben würde, ohne Anspruch auf Ersatz auferlegt waren; — daß übrigens auch derartige Bestimmungen durchaus nicht zum Wesen des Setzungscontracts gehören, wie denn auch der hier zur Frage stehende Setzungscontract grade im Gegentheil die Bestimmung enthält, daß die Setzleute beim Aufhören der Setzwirthschaft für die mit Bewilligung des Vormundes des Anerben gemachten Verbesserungen Ersatz fordern können;

hiemittelst der Bescheid:

daß es bei der Entscheidung der Eckernförder Hardesvogtei vom 13. Mai d. J. sein Bewenden behalten müsse.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 2. Juli 1864.

Criminalfall.

Durch Einsteigen qualificirter Diebstahl. — Geständniß. Dessen Wirkung in Fällen, wo ein über den Inhalt desselben hinausgehender Verdacht wider den Inculpaten indicirt ist.

Zufolge einer von dem Criminalgericht der Landschaft Bredstedt wegen eines bei dem Grützmüller Carstensen in Högel begangenen Diebstahls angestellten Untersuchung wurde folgendes Erkenntniß des Untersuchungsgerichts abgegeben:

In Untersuchungssachen wider die Ehefrau Amalia Sophia Augusta Oje, geb. Hansen, aus Högel, Kirchspiels Brecklum,

wegen wiederholten zweiten kleinen zum Theil durch Einsteigen qualificirten Diebstahls,

wird,

in Erwägung, daß die Inculpatin, welche mittelst Erkenntnisses des Appellationsgerichts vom 9. December 1856 wegen ersten kleinen Diebstahls mit einer fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod belegt worden ist, ihrem eigenen mit den sonst ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständnisse zufolge in der Nacht vom 12./13. v. M. aus der Mühle des Grützmüllers Carstensen in Högel ca. 2 Schipp Grütze, einen Sack, einen Beutel und einen hölzernen Napf, zum Gesammtwerth von ca. 5 ℔ Courant, auf die Weise entwendet hat, daß sie in der Absicht, Grütze zu stehlen, sich Abends 10 Uhr nach der Carstensenschen Mühle begeben und, nachdem sie durch das angeblich offen stehende Fenster in die Mühle eingestiegen, aus einem neben dem Fenster stehenden Troge einen Sack und einen Beutel mit Grütze und einen hölzernen Napf an sich genommen und, nachdem sie sich durch das vorherbezeichnete Fenster entfernt, nach Hause getragen hat, woselbst die entwendeten Gegenstände bei der am 17. f. M. vorgenommenen Haussuchung zum Theil versteckt gefunden worden sind;

in Erwägung, daß die Inculpatin geständig und überführt ist, vor 3 bis 4 Jahren bei der Ehrenpfort in Bredstedt, als sie allein im Zimmer gewesen, einige wollene Schnürlitzen zum Werth von einigen Schillingen entwendet und verbraucht zu haben;

in fernerer Erwägung, daß die Inculpatin sich dringend verdächtig gemacht hat, vor ca. einem Jahre eine dem Adolph Hansen in Högel gehörige und bei der am 17. v. M. stattgehabten Haussuchung im Hause der Oje gefundene alte Säge zum Werth von ca. 1 ℔ Cour. gestohlen zu haben, indem sie in den Verhören aussagte, daß diese oder eine ähnliche Säge von ihrem Manne auf einer Auction gekauft sei, später jedoch, als sie dem Damnificaten gegenüber gestellt wurde, die obige Aussage dahin veränderte, daß sie die Säge in ihrem Garten gefunden und mit ins Haus genommen habe;

in Erwägung, daß hinsichtlich des zuletzt gedachten Diebstahls wegen nicht vollständig erbrachten Thatbestandes nicht anders als eine absolutio ab instantia wider die Inculpatin wird erkannt werden können;

in Erwägung, daß der Umstand, daß Inculpatin zur Ausführung des im vorigen Monat von ihr begangenen Diebstahls eingestiegen ist, als strafschärfend, dagegen als mildernd in Betracht zu ziehen ist, daß dem Damnificaten das gestohlene Gut zum größten Theil zurückerstattet worden ist;

in Erwägung, daß Inculpatin hienach wegen wiederholten zweiten kleinen zum Theil durch Einsteigen qualificirten Diebstahls zu bestrafen ist und eine acht-

Digitized by Google

mal fünftägige Gefängnißstrafe als angemessene Ahndung dieses Vergehens erscheint,

für Recht erkannt:

daß die Inculpatin Amalia Sophia Augusta Oje, geb. Hansen, aus Högel wegen wiederholten zweiten kleinen zum Theil durch Einsteigen qualificirten Diebstahls in eine achtmal fünftägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu verurtheilen, hinsichtlich des ihr zur Last gelegten Diebstahls einer Säge von der Instanz zu entbinden, endlich auch schuldig sei, die sie treffenden Kosten der Haft und Untersuchung, soweit sie des Vermögens, zu erstatten.

V. R. W.

Auf hiergegen von dem Obersachwalteramt für das Herzogthum Schleswig ex officio eingewandte Supplication erfolgte nachstehendes Erkenntniß des Appellationsgerichts:

In Untersuchungssachen wider die Ehefrau Amalia Sophia Augusta Oje, geb. Hansen, aus Högel,

wegen Diebstahls,

wird, nachdem von Seiten des Obersachwalteramts gegen das von dem Bredstedter Criminalgericht gegen die Inculpatin unterm 22. April d. J. erlassene Straferkenntniß supplicirt worden ist,

in Erwägung,

1) daß es zwar an einem genügenden Beweise fehlt, um anzunehmen, daß die Inculpatin die von dem Eingesessenen Adolph Hansen in Högel vor längerer Zeit vermißte und gegenwärtig bei ihr gefundene Säge entwendet habe, daß dagegen aber angenommen werden muß, daß die Inculpatin die fragliche Säge, wenn sie dieselbe nicht gestohlen, wenigstens doch, wie sie selbst einräumt, als gefundenes Gut widerrechtlich sich angeeignet, mithin eines sogenannten Funddiebstahls sich schuldig gemacht hat*);

2) daß die Inculpatin sich außerdem, wie aus den untergerichtlichen Entscheidungsgründen hervorgeht, der Entwendung einiger Schnürlitzen bei der Ehefrau Ehrenpfort in Bredstedt, sowie eines, in der Nacht vom 12. auf den 13. März d. J. bei dem Müller Carstensen in Högel verübten Diebstahls schuldig gemacht hat;

2) daß, wenngleich die Säge, welche die Inculpatin sich angeeignet hat, und die der Ehefrau Ehrenpfort entwendeten Schnürlitzen nur einen höchst geringfügigen Werth gehabt haben, und auch der Werth der dem Müller Carstensen entwendeten Gegenstände nach demjenigen, was als erwiesen vorliegt, nur reichlich 5 ℛ Cour. beträgt, doch auf der anderen Seite zu berücksichtigen ist, daß die Inculpatin zum Zweck der Begehung des zuletzt gedachten Diebstahls in das Haus des Bestohlenen bei nächtlicher Weile eingestiegen, so wie daß dieselbe früher bereits wegen Diebstahls bestraft worden ist; daß aber unter diesen Umständen die wider die Inculpatin erkannte Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod nicht als eine den Verbrechen derselben entsprechende Strafe angesehen werden kann,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Bredstedter Criminalgerichts vom 22. April d. J. dahin abzuändern sei, daß die Inculpatin Amalia Sophia Augusta Oje, geb. Hansen, wegen zweiten wiederholten, zum Theil durch Einsteigen qualificirten Diebstahls, sowie wegen Unterschlagung einer gefundenen Säge, mit einer achtmonatlichen Zuchthausstrafe zu belegen, auch schuldig sei, die Kosten der wider sie geführten Untersuchung, insoweit sie des Vermögens, zu erstatten.

V. R. W.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 21. Mai 1864.

*) Allerdings ist ein unwahrscheinliches Geständniß nicht für beweiskräftig zu halten.

Dieser Grundsatz ist aber nicht so zu verstehen, daß der Inculpat, welcher sich zu einem geringeren Verbrechen bekannt, dessen Möglichkeit durch die übrigen Ergebnisse der Untersuchung nicht ausgeschlossen wird, wegen dieses Verbrechens aus dem Grunde noch nicht mit Strafe anzusehen sei, weil die Untersuchungsresultate ihn eines schwereren Verbrechens an demselben Gegenstand lediglich verdächtig erscheinen lassen. Unwahrscheinlich ist hier nicht, daß der Inculpat in dem eingeräumten Maaße wirklich schuldig sei, sondern vielmehr, daß er nicht in Wirklichkeit von noch schwererer Schuld betroffen werde. — Auch die Praxis des früheren Schleswigschen Obergerichts verurtheilte in Fällen solcher Art den Angeschuldigten einstweilen zu der Strafe des eingestandenen Verbrechens, mit dem selbstverständlichen Vorbehalt, daß, falls er etwa später noch des fraglichen schwereren Delicts überwiesen werden sollte, ihm bei dessen Bestrafung die jetzt erlittene Strafe anzurechnen sei.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

38. Stück. — Den 19. September 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Ob in der Stadt Kiel nach geltendem Herkommen die Verabredung einer zu protocollirenden Specialhypothek für eine Schuld die Bestellung einer Generalhypothek einschließe.

In Sachen des Bürgers D. Eichmann in Hamburg, Justificaten und Appellanten,

wider

den Cigarrenfabrikanten Th. B. L. Stein in Kiel, Justificanten und Appellaten,

betr. die Justification gegen die Verlassung des von dem Justificanten an die Schlachtermeister Brock und Will verkauften Hauses, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Kieler Magistrats vom 6. November 1863,

ergeben die Acten:

Der Appellant hat im Jahre 1862 das dem Appellaten gehörige, im I. Quartier sub Nr. 285 A in Kiel belegene Gewese für 13,333⅓ ℛ R.-M. gekauft und von dem Kaufpreis 9033⅓ ℛ R.-M. durch Uebernahme der protocollirten Schuld, sowie 2000 ℛ baar berichtigt. Den Rest der Kaufsumme von 2300 ℛ R.-M. sollte der Käufer auf dem Folio des verkauften Grundstücks in der Priorität unmittelbar nach 9033 ℛ 32 ß zu 4 pCt. p. a. in O. T. R. zu bezahlender Zinsen protocolliren lassen, wogegen der Verkäufer sich verpflichtet hat, dies Capital bei prompter Zinszahlung nicht früher als zur Auszahlung in O. T. R. 1868 loszukündigen.

Bevor noch die Umschreibung des verkauften Gewefes auf den Namen des Appellanten erfolgt war und ehe dieser daher die bedungene Protocollation der 2300 ℛ R.-M. hatte erwirken können, verkaufte Appellant das Grundstück wieder an die Schlachtermeister Brock und Will und verließ diesen dasselbe im März 1863.

Dieser Verlassung hat Appellat contradicirt wegen seiner Capitalforderung von 2300 ℛ R.-M. sammt Zinsen und stipulirten Pfand- und Prioritätsrechten. In Folge dieser Contradiction hat der Appellant im Juli v. J. dem Appellaten angeboten, die stipulirte Obligation auszustellen, und haben die neuen Käufer Brock und Will gleichzeitig sich bereit erklären lassen, nicht allein die Protocollation derselben auf dem Folium ihres Gewefes in der ausgemachten Priorität zu gestatten, sondern die Obligation event. als ihre eigene zu agnosciren. Der Appellat hat dies Anerbieten abgelehnt und, von dem Appellanten zur Justification seiner Contradiction aufgefordert, in seinem Justificationsantrag die Berechtigung zu seiner Weigerung nachzuweisen gesucht, indem er ausführt: das erwähnte Anerbieten lasse ihm die Wahl zwischen zwei Arrangements: entweder nämlich wollten die neuen Käufer das fragliche Capital als eigenes anerkennen und mithin vermöge einer Novation als Schuldner eintreten, oder aber Eichmann sollte Schuldner bleiben, die Protocollation auch in der versprochenen Priorität unter den ausgemachten Bedingungen in dem Gewefe erfolgen, nur mit dem Unterschied gegen früher, daß nicht Eichmann, sondern Brock und Will die Inhaber des Gewefes seien; daß er nicht wider seinen Willen zu einer Novation genöthigt werden könne, sei unzweifelhaft: ebensowenig brauche er sich aber auf den zweiten Vorschlag einzulassen, weil er bei jener Contractsbestim-

Digitized by Google

mung bezüglich der 2300 ℛ von der Voraussetzung ausgegangen sei, daß Eichmann während der Dauer der Creditirung des Capitals Eigenthümer des Gewefes bleibe. Nach dem gegenwärtigen Vorschlag wolle aber Eichmann eine fremde Sache verpfänden. Daß Capitalien auf Grundstücke Dritter protocollirt würden, komme fast nie vor. Regel sei jedenfalls, daß der Debitor auch Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks sei, und stillschweigende Voraussetzung, daß das Verhältniß auch während der Dauer der Creditirung des Capitals bestehen bleibe, um so mehr als für derartige Creditbewilligungen die Person des Schuldners wesentlich in Betracht komme. Falls daher Parteien im Contract nicht ausdrücklich etwas anderes stipulirt hätten, sei anzunehmen, daß sie das Regelmäßige gewollt hätten. Wenn nun der Debitor sein Verhältniß zur Hypothek einseitig verändert habe, so müsse auch Justificant als berechtigt angesehen werden, seine Creditbewilligung zurückzunehmen. Mit dem Bemerken, daß bei der Existenz des dinglichen Rechts auf Seiten des Justificanten seine Contradiction gegen die Verlassung vollkommen gerechtfertigt sei und daß Justificat sich derselben, da eine Herstellung des status quo unthunlich sei, nur durch Auszahlung des Capitals werde entziehen können, hat der Justificant beantragt:

daß die Contradiction gegen die Verlassung des Gewefes qu. für justificirt anerkannt werde unter Verurtheilung des Justificaten in die Kosten.

In seiner Vernehmlassung hat der Justificat unter Bezugnahme auf die unbestritten vorliegenden Thatsachen angeführt, daß er in Wirklichkeit alles dasjenige genau liefern wolle, wozu er sich contractlich anheischig gemacht habe. Er habe sich erboten, eine Obligation in Gemäßheit des Contracts auszustellen und es zu veranlassen, daß dieselbe auf dem Folie des verkauften Gewefes hinter 9033 ℛ 32 ß protocollirt werde; wenn er außerdem noch offerirt habe, daß die Käufer des Gewefes als Mitschuldner die Obligation mitunterzeichnen sollten, so habe er damit schon ein Uebriges gethan. Der Einwand des Justificanten, daß Justificat eine fremde Sache verpfänden würde, und daß man, da dieser Fall nur selten vorkomme, annehmen müsse, Parteien hätten beim Abschluß des Contracts nur daran gedacht, daß Justificat während der Dauer der Creditirung des Kaufpreises Eigenthümer des verpfändeten Gewefes habe bleiben sollen, widrigenfalls ein solcher Ausnahmefall hätte ausdrücklich erwähnt werden müssen, sei völlig unbegründet. Abgesehen davon, daß er, Justificat, beim Abschluß des Contracts die Unkündbarkeit der Obligation grade im Hinblick auf die dadurch erwirkte Erleichterung eines event. Wiederverkaufs des Grundstücks sich habe stipuliren lassen, komme es bei dem klaren Wortlaut der Contractsbestimmung gar nicht auf das an, was Justificant gedacht habe. Habe Justificant an die Unkündbarkeit der Obligation nur gebunden sein wollen, so lange Justificat der Eigenthümer des Gewefes sei, so sei es bekannten Rechtsgrundsätzen nach seine Sache gewesen, eine desfällige beschränkende Clausel in den Contract mit aufzunehmen.

Gebeten ist:

den Justificanten mit seinem Antrage zu enthören und denselben schuldig zu erkennen, die gegen die Verlassung des im I. Quartier sub Nr. 285 A belegenen Grundstücks an die Schlachtermeister Brock und Will erhobene Contradiction deliren zu lassen unter der Bedingung, daß Justificat ihm eine Obligation in Gemäßheit des Contracts ausstelle und die Protocollation auf dem Folie des verkauften Gewefes in der Priorität nach 9033⅓ ℛ R.-M. veranlasse, unter Verurtheilung des Justificanten in die Proceßkosten des. et m. salv.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung ist vom Kieler Magistrat unterm 6. Novbr. v. J. erkannt*):

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß die von dem Justificaten gegen den Justificanten unter Güterverpfändung eingegangene Verpflichtung, eine über die creditirten Kaufgelder auszustellende Obligation näher beschriebenen Inhalts auf dem Folium des verkauften Grundstücks in der Priorität nach 9033 ℛ 32 ß protocolliren zu lassen, die gegen die Verlassung dieses Grundstücks beschaffte Contradiction rechtfertigt, so lange jene Verpflichtung nicht erfüllt worden, weil das mit Rücksicht darauf dem Justificanten bestellte Generalpfand namentlich auch das an den Justificaten verlassene Gewefe befaßt;

in Erwägung ferner, daß somit nur zur Entscheidung steht, ob der Justificat die Erfüllung seiner Verpflichtung dem Justicanten in genügender Weise offerirt und Letzteren in moram accipiendi versetzt hat, und ob demnach der Antrag des Justificaten gerecht-

Digitized by Google

daß die Contradiction des Juſtificanten gegen die Verlaſſung des Geweſes Nr. 285 A im I. Quartier juſtificirt, daß Juſtificat mit ſeinen Anträgen abzuweiſen und ſchuldig ſei, dem Ju-

fertigt iſt, daß der Juſtificant ſchuldig erkannt werde, die Contradiction unter den erwähnten Bedingungen deliren zu laſſen;

in Erwägung ferner, daß der Juſtificat die von ihm angebotene, von ſeinen Käufern Brock und Will vorzunehmende Agnition oder Mitunterſchrift der über die 2300 ℳ von ihm auszuſtellenden Obligation als ein Hinzutreten neuer Mitſchuldner bezeichnet, daß dieſer eigenen Erklärung des Juſtificaten gegenüber die Auffaſſung des Juſtificanten, durch die Agnition werde eine Liberirung des Juſtificaten bewirkt werden, hinfällig iſt, und daß durch das Hinzutreten neuer Schuldner, etwa als correi, kein rechtliches Intereſſe des Juſtificanten verletzt wird, wenn der Juſtificat mit Rückſicht auf die Mitſchuldner auf die Einrede der Theilung verzichtet;

in Erwägung ferner, daß der Eigenthümer eines Grundſtücks durch die von ihm vorgenommene Verpfändung deſſelben in der Befugniß zur Veräußerung rechtlich nicht beſchränkt wird, da die an dem Grundſtücke conſtituirte Hypothek auf den neuen Erwerber übergeht; daß ferner die durch die Protocollation einer Hypothek bewirkte Qualification derſelben hieran, abgeſehen von etwanigen beſonderen Beſtimmungen, nichts ändert, daß ſomit, wenn der Inhaber der auf dem Folium eines Grundſtücks protocollirten Forderung den Uebergang deſſelben in das Eigenthum eines ihm nicht perſönlich haftenden Käufers nicht verhindern kann, kein rechtliches Intereſſe des Gläubigers verletzt wird, wenn ſtatt des Schuldners ihm ein Dritter die verſprochene protocollirte Hypothek in der zugeſagten Priorität beſtellt, und auf die dem dritten Pfandbeſitzer zuſtehende Einrede der Excuſſion verzichtet, daß daher nach gemeinrechtlichen Grundſätzen innerhalb der Diſtricte, für welche ſ. g. reine Realfolien angeordnet ſind, dem Creditor nicht ſchlechthin der Einwand des nicht erfüllten Contracts zuſtehen dürfte, wenn ſtatt des verpflichteten Debitors ein Dritter ihm die zugeſagte protocollirte Hypothek in der verſprochenen Priorität liefert;

in Erwägung jedoch, daß für die Stadt Kiel durch die Protocollationsordnung vom 2. September 1768 ſogenannte gemiſchte Folien vorgeſchrieben ſind, indem jedes auf den Namen des Eigenthümers eines Grundſtücks eingerichtete Folium die Wirkung hat, daß alle auf demſelben protocollirte Verbindlichkeiten des Folieninhabers in deſſen Gütern, ſoweit ſelbige unter der Stadtgerichtsbarkeit befindlich, die durch die Protocollation gewährten Vorzugsrechte erlangen,

Verordnung vom 2. Septbr. 1768, §3 u. §6, daß demnach der Juſtificant, wenn der Juſtificat ihm über die creditirten 2300 ℳ nebſt Zinſen unter Güterverpfändung eine Schuldverſchreibung ausſtellen und ſolche auf ſeinem Folium für das Geweſe Nr. 285 A protocolliren laſſen würde, im Falle eines etwanigen Concurſes ſeines Debitors nicht nur im Ertrage des Grundſtücks, ſondern auch im Ertrage aller übrigen unter ſtädtiſcher Gerichtsbarkeit befindlichen Vermögenstheile eine Collocation inter creditores hypothecarios protocollatos zu beanſpruchen hätte, während der Juſtificant nach dem Anerbieten des Juſtificaten in der aus deſſen unter ſtädtiſcher Gerichtsbarkeit befindlichen übrigen Gütern zu bildenden Maſſe nur einen Platz inter creditores hypothecarios ſimplices zu gewärtigen haben würde;

in Erwägung ferner, daß hiernach der Einwand des Juſtificanten gerechtfertigt iſt, die von dem Juſtificaten gegen ihn eingegangene Verpflichtung werde durch Ausſtellung einer Obligation von ihm und durch deren Protocollation auf dem Folium der Schlachter Brock und Will für das Geweſe Nr. 285 A nicht erfüllt, und daß gegen jenen Einwand begründete Zweifel nicht herzuleiten ſind,

a) weder aus dem Umſtande, daß nicht conſtirt, ob der in Hamburg wohnende Juſtificat unter hieſiger Gerichtsbarkeit Vermögenstheile beſitzt, da die Güterverpfändung auch das künftige Vermögen befaßt, noch

b) aus dem Umſtande, daß jedenfalls dem Juſtificanten hinreichender Erſatz gewährt werde durch das protocollirte Pfandrecht an dem übrigen unter ſtadtiſcher Jurisdiction befindlichen Vermögen der Schlachter Brock und Will, da wider den Willen des Gläubigers der ihm zugeſagten Sicherheit keine andere durch einſeitigen Beſchluß des Schuldners ſubſtituirt werden darf, noch endlich

c) aus dem Umſtande, daß Juſtificat die Protocollation der von ihm über die 2300 ℳ auszuſtellenden Obligation auf dem Folium des verkauften Grundſtücks zugeſagt habe, und daß die Erfüllung dieſer Verpflichtung nur die ſpecielle Verpfändung des Grundſtücks, nicht aber die Verpfändung ſämmtlicher Güter vorausſetze, weil die allgemeine Güterverpfändung in ſo ausgedehntem Maaße die Regel in den hierſelbſt protocollirten Obligationen bildet, daß der Juſtificat, welcher für ſeine Verpflichtungen aus dem Kaufcontracte ſeine Güter verpfändete, einen Vorbehalt hätte ausſprechen müſſen, wenn es ſeine

Digitized by Google

stificanten die Kosten des Justificationsverfahrens, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Compromiß. Die Gültigkeit des von dem Obmann abgegebenen Schiedsspruchs ist an sich nicht dadurch bedingt, daß die Schiedsrichter ihre auseinandergehenden Ansichten in einer bestimmten Form kundgegeben und in dieser Weise dem Obmann dargelegt haben. — Der Kostenpunkt bei Verweisung einer im bedingten Mandatsverfahren eingeleiteten Sache auf den Weg des ordentlichen Processes. — Kostencompensation tritt nicht ein wegen Unterliegens in Nebenpunkten.

In Sachen des Pächters P. Jacobsen auf Jägerslyst, Imploraten, jetzt Supplicanten,

wider

den Hofbesitzer E. Simesen daselbst, Imploranten, jetzt Supplicaten,

wegen rückständiger Pachtgelder zum Belaufe von 703 ℛ 15 ß R.-M. oder 1313 ₰ 6¾ ß Crt., jetzt Supplication gegen das Erkenntniß Flensburger Magistrats vom 15. März d. J. betreffend,

ergeben die Acten:

Laut eines unterm 10. September 1862 abgeschlossenen Pachtcontracts hat der Hofbesitzer Siemesen seinen Hof Jägerslyst bei Flensburg dem P. Jacobsen auf 10 Jahre, nämlich für die Zeit vom 10. September 1862 bis zum 10. September 1872, verpachtet. Nach dem § 1 des Contracts soll das Pachtgeld, welches auf 1200 ℛ R.-M. jährlich festgesetzt ist, in halbjährigen Terminen praenumerando bezahlt werden; jedoch ist im § 6 die Bestimmung hinzugefügt:

> Pächter ist berechtigt, wenn er aus den genau geführten Büchern nachweisen kann, daß bei einer ordentlich betriebenen Wirthschaft die im § 1 bestimmte Pachtsumme von 1200 ℛ R.-M. nicht vom Hofe zu ermöglichen gewesen ist, das Fehlende zu kürzen, demnach nur verpflichtet, die Summe, die der Hof als Reinertrag geliefert hat, als Pachtsumme zu zahlen.

Endlich heißt es noch im § 16 des Contracts:

> Sollten wider Erwarten Streitigkeiten über die Erfüllung und Auslegung des Contracts entstehen, so sollen diese nicht auf gerichtlichem, sondern auf schiedsrichterlichem Wege Erledigung finden; es werden von jeder Seite zwei Männer gewählt; können diese sich nicht einigen, so wählen diese einen Obmann und bei dessen Spruch hat es sein Bewenden.

Der Pächter Jacobsen hat nun, wie Siemesen zugiebt, die Pacht für das erste Halbjahr richtig bezahlt; dagegen hat er die resp. am 10. März und am 10. September v. J. fälligen Pachtgelder für das zweite und dritte Halbjahr nicht vollständig berichtigt, sondern ist nach Angabe des Siemesen noch mit 703 ₰ 15 ß R.-M. in Rückstand geblieben.

Der Pächter weigerte sich, die von Siemesen geforderten Pachtgelder zu zahlen, indem er eine Berechnung vorlegte, derzufolge der gedachte Hof in dem ersten Pachtjahr gar keinen Reinertrag geliefert habe. Da die Parteien sich über diese Angelegenheit nicht einigen konnten, so wurden laut einer von ihnen am 20. September v. J. unterzeichneten Urkunde von jeder Seite zwei Schiedsrichter erwählt, von dem Verpächter die Hofbesitzer Mahler und Brenner, von dem Pächter der Commissionair Jochimsen und der Pächter Jensen.

Diese Schiedsrichter haben in einer von ihnen unterzeichneten unvollständig datirten Urkunde vom September 1863 erklärt, daß sie sich über die streitige Frage nicht hätten einigen können und daß sie deshalb den Rechensmann Thaysen in Harrislev zum Obmann erwählt hätten. Darauf hat der Rechensmann Thaysen, der zufolge einer der obengedachten Urkunde hinzugefügten Bescheinigung vom 23. Septbr. v. J. die

---

Absicht war, von dem, was üblich, abzuweichen und nur ein specielles Pfandrecht zu bestellen;

in Erwägung endlich, daß diesem allen nach die die Anträge des Justificaten nicht gerechtfertigt sind.

Digitized by Google

Wahl angenommen hat, an demſelben Tage ſeinen Schiedsſpruch ſchriftlich dahin abgegeben:

daß Pächter Jacobſen ſchuldig ſei, die reſtirende, reſp. die am 10. September praenumerando zu zahlen geweſenen Pacht, zu deren vollem und ungekürztem Betrage an ſeinen Verpächter Siemeſen auszukehren.

Nachdem ſo der Schiedsſpruch zu ſeinen Gunſten ausgefallen war, reichte Siemeſen am 30. September v. J. bei dem Flensburger Magiſtrat eine Vorſtellung ein, in welcher er unter Anlegung des Pachtcontracts, der von ihm und dem Pächter unterzeichneten Erklärung über die Wahl der Schiedsrichter, ſo wie der von den Schiedsrichtern und dem Obmann ausgeſtellten übrigens in Anſehung der Unterſchriften nicht beglaubigten Urkunden darauf antrug, daß ein unbedingtes Mandat auf Zahlung der rückſtändigen Pachtgelder von 703 ℔ 15 ß R.-M. gegen den Pächter Jacobſen abgegeben werde.

Der Flensburger Magiſtrat gab jedoch unterm 5. October v. J. nur ein bedingtes Mandat ab und, wie Siemeſen gegen dieſes Decret remonſtrirte, wurde ihm unterm 19. ſ. M. eröffnet, daß es bei dem bedingten Mandat ſein Verbleiben behalten müſſe.

Jacobſen reichte darauf unterm 5. November v. J. bei dem Flensburger Magiſtrat eine Gegenvorſtellung ein, in welcher er auf die Einleitung eines ordentlichen Verfahrens provocirte und die durch Decret des Magiſtrats vom 6. November v. J. dem Siemeſen „zur Acquiescirung und Koſtenerſtattung, event. zum ferneren rechtlichen Verfolg ſeiner Klage“ communicirt wurde.

Während dies auf der einen Seite geſchah, wurde faſt gleichzeitig von Siemeſen eine Beſchwerdeſchrift gegen den Beſcheid des Flensburger Magiſtrats vom 19. October v. J. bei dem Appellationsgericht eingereicht; das Appellationsgericht ertheilte jedoch nach eingezogener Gegenerklärung, weil die vom Imploranten producirten mit keiner obrigkeitlichen oder notariellen Beſcheinigung verſehenen Documente über einen den Imploraten zur Zahlung der eingeklagten Summe angeblich verpflichtenden Schiedsſpruch zur Beibringung eines liquiden Beweiſes nicht genügten, unterm 2. Januar d. J. dem Imploranten einen abſchlägigen Beſcheid, indem es ihn zugleich ſchuldig erkennt, die Koſten der Gegenerklärung mit 10 ℔ R.-M. zu erſtatten.

Siemeſen hat nun, ſtatt in ordinario zu klagen, es vorgezogen, die von den Schiedsrichtern und dem Obmann ausgeſtellten Urkunden rückſichtlich der Unterſchriften mit einer notariellen, reſp. obrigkeitlichen Beglaubigung verſehen zu laſſen und in einer am 26. Januar d. J. bei dem Flensburger Magiſtrat eingereichten Vorſtellung unter Anlegung der früher beigebrachten, jetzt aber mit einer Beglaubigung verſehenen Urkunden von Neuem um die Ertheilung eines unbedingten Mandats zu bitten, worauf denn auch unterm 27. Januar d. J. dem Imploraten Jacobſen von Seiten des Magiſtrats der Befehl beigelegt iſt, die eingeklagte Pachtſumme mit 703 ℔ 15 ß R.-M. nebſt Verzugszinſen innerhalb 4 Wochen ab ins., unter Erſtattung der Koſten, zu bezahlen.

In der von ihm gegen dieſes Mandat eingereichten Gegenvorſtellung hat der Implorat zugegeben, daß der zur Frage ſtehende Pachtcontract zwiſchen ihm und dem Imploranten abgeſchloſſen ſei, daß wegen der in Anſehung der zu zahlenden Pachtſumme entſtandenen Differenzen die obengenannten Schiedsrichter von den Parteien erwählt ſeien, daß dieſe den Rechensmann Thayſen zu Harrisleb zum Obmann gewählt haben, und daß endlich der Letztere den dem Imploranten günſtigen Spruch vom 23. September v. J. abgegeben habe. Der Implorat hat jedoch folgende Einreden vorgebracht:

1) die Einrede des erſchlichenen unbedingten Mandats, zu deren Begründung er ſich theils auf den Beſcheid des Appellationsgerichts vom 2. Januar d. J., theils darauf beruft, daß der Spruch des Obmanns ungültig ſei, weil die von den Parteien gewählten Schiedsrichter zuvor einen Spruch, der ſelbſtverſtändlich ſchriftlich ſein müſſe, hätten abgeben müſſen. In letzterer Beziehung legt er eine mit der beglaubigten Unterſchrift der von ihm gewählten Schiedsrichter verſehene Urkunde vom 19. Februar d. J. an, in welcher die gedachten Schiedsrichter erklären, daß ſie ihren ſchiedsrichterlichen Spruch nicht hätten abgeben können, weil der Implorant, bevor ſie die von dem Imploraten geführten Rechnungsbücher gehörig hätten nachſehen können, den Imploraten mit einer gerichtlichen Klage durch den Advocaten Ibſen (Ebſen) habe bedrohen laſſen und ſie daher der Meinung geweſen ſeien, daß die Sache auf ſchiedsrichterlichem Wege nicht mehr erledigt werden könne und ſolle;

2) die Einrede der Compenſation, gegründet dar-

Digitized by Google

auf, daß Implorant die 10 ℛ betragenden Kosten, zu deren Erstattung er durch den rechtskräftigen Bescheid des Appellationsgerichts vom 2. Januar d. J. verurtheilt worden, noch nicht bezahlt habe, und daß er überdies schuldig sei, die zu 12 ℛ 44 ß R.-M. verzeichneten Kosten der am 5. November v. J. vom Imploraten gegen das damals erlassene bedingte Mandat eingereichten Gegenvorstellung zu erstatten.

Nach eingezogener Replik wurde von dem Flensburger Magistrat unterm 15. März d. J. dahin erkannt:*)

> daß es bei dem unbedingten Mandat vom 27. Januar d. J. sein Verbleiben zu behalten habe, Implorat auch schuldig sei, demselben salva compensatione der rechtskräftig dem Imploranten zuerkannten Kostensumme innerhalb 14 Tagen ab ins. bei Vermeidung der Wardirung zu geleben, auch dem Imploranten die durch dieses neue Verfahren verursachten Kosten zu erstatten.

Gegen diesen Bescheid hat der Implorat anbero supplicirt und sich darüber beschwert:

1) daß er nicht mit der Einrede des erschlichenen Mandats gehört worden,
2) event. daß er nicht mit der Einrede der Compensation und der Kostenvergleichung gehört worden.

Es fragt sich demnach, ob und in wie weit die gedachten von dem Imploraten vorgeschützten Einreden für begründet zu erachten sind.

In Erwägung nun

1) daß durch den Bescheid des Appellationsgerichts vom 2. Januar d. J. nichts weiter entschieden ist, als daß wegen Mangels der genügenden Liquidität auf die damalige Vorstellung des Imploranten kein unbedingtes Mandat abgegeben werden konnte; daß es aber mit dieser Entscheidung durchaus nicht im Widerspruch steht, daß der Implorant, nachdem er inzwischen eine größere Liquidität seiner Forderung zuwegegebracht, in einem neuen Verfahren um die Erlassung eines unbedingten Mandats gebeten und daß der Flensburger Magistrat auf die neue Vorstellung des Imploraten ein solches Mandat abgegeben hat;

2) daß nach den Worten des § 16 des unterm 10. Septbr. 1862 von den Parteien abgeschlossenen Pachtcontracts die Vornahme der Wahl eines Obmanns lediglich an die Bedingung geknüpft ist, daß die von den Parteien gewählten Schiedsrichter sich nicht einigen können, ohne daß besondere Vorschriften über die Art und Weise, wie die Unmöglichkeit der Einigung unter den Schiedsrichtern constatirt werden soll, und darüber, in welcher Weise und in wie weit die Schiedsrichter den von ihnen gewählten Obmann von ihren auseinandergehenden Ansichten und deren Gründen in Kenntniß setzen sollen, in dem Contract enthalten sind;

3) daß auch nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über das Compromiß genauere Bestimmungen in Ansehung der zuletzt gedachten Punkte nicht festgestellt werden können, daß vielmehr in dieser Beziehung Alles von dem gewissenhaften Ermessen der von den Parteien gewählten Schiedsrichter abhängt, indem das Vertrauen zu den Schiedsrichtern, welches die Parteien durch die Wahl derselben an den Tag gelegt haben, sich auch darauf erstreckt, daß die Schiedsrichter nicht zu eilfertig die Unmöglichkeit einer Einigung annehmen, und daß dieselben den Obmann in genügender Weise mit ihren Ansichten bekannt machen;

4) daß man demzufolge die Gültigkeit des von dem Obmann abgegebenen Schiedesspruchs nicht davon ab-

*) Die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses lauten:

In Erwägung, daß der Einrede des erschlichenen unbedingten Mandats ein Gewicht nicht beigelegt werden kann, weil

a) Implorat aus dem Umstande, daß früher in derselben Sache nur ein bedingter Befehl abgegeben war, nicht zu der Folgerung berechtigt erachtet werden kann, daß auch ferner nur bedingte Befehle oder aber das Betreten des ordentlichen Proceßweges statthaft seien, indem, wenn Implorant seine Forderung inzwischen zu einer liquiden gemacht hat, in einem neuen Verfahren allerdings die Abgabe eines unbedingten Mandats als gerechtfertigt erscheinen mußte;

b) der Schiedesspruch des eingeräumtermaaßen von den Parteien erwählten Obmanns nach § 16 des Contracts keineswegs an die Abgabe schriftlicher Erklärungen der Schiedsrichter als conditio sine qua non gebunden war, sondern auch schon dann als begründet anzusehen war, wenn nur, wie nachgewiesen, die Schiedsrichter sich nicht einigen konnten;

in fernerer Erwägung, daß die Einrede der Compensation mit Rücksicht auf die ipso jure eintretende Wirksamkeit der letzteren bei der Zahlung des Streitobjects von selbst ihre Erledigung finden wird und zur Sistirung oder Modificirung der gewählten Proceßart nicht geeignet erscheint.

Digitized by Google

hängig machen kann, daß die von den Parteien gewählten Schiedsrichter ihre von einander abweichenden Ansichten in einer bestimmten Form kund gegeben und in dieser Weise dem Obmann vorgelegt haben;

5) daß, was die von dem Imploranten seiner Exceptionsschrift angelegte schriftliche Erklärung der von ihm gewählten Schiedsrichter Jochimsen und Jensen betrifft, der Schlußsatz dieser Erklärung, daß die Aussteller der Meinung gewesen seien, daß die Sache auf schiedsrichterlichem Wege nicht mehr erledigt werden könne und solle, mit der eigenen Handlung der Aussteller, nämlich damit, daß sie, wie auch vom Imploraten zugegeben ist, an der Wahl des Obmanns sich betheiligt haben, in Widerspruch steht, und daß man ebensowenig aus der gedachten Erklärung wird folgern dürfen, daß nach der Meinung der Aussteller die Unmöglichkeit einer Einigung mit den vom Imploranten gewählten Schiedsrichtern noch nicht hinreichend constatirt gewesen sei, indem sie dann offenbar nicht zur Wahl eines Obmanns hätten schreiten dürfen; daß aber unter diesen Umständen der zur Frage stehenden Erklärung kein Gewicht beigelegt werden kann;

6) daß demnach die von dem Imploraten vorgeschützte Einrede des erschlichenen Mandats und die auf diese Einrede sich beziehende erste Supplicationsbeschwerde des Imploraten als unbegründet sich darstellt*);

7) daß zwar, wenn ein Proceß in der Form des bedingten Mandatsverfahrens eingeleitet ist und in Folge einer Remonstration des Beklagten eine Verweisung

*) Ein Mitglied des Collegiums war der Ansicht, daß es im vorliegenden Fall auf eine Entscheidung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des fraglichen Schiedsspruches aus folgenden Gründen gar nicht ankomme.

Nach Inhalt des in der Klage angezogenen Pachtcontracts, und wie sonst unter den Parteien unbestritten, sei der Supplicant schon, als zum ersten Mal der Zahlungsbefehl wider ihn vom Supplicaten nachgesucht worden, liquidermaaßen mit 703 ℛ 15 ß R.-M. an Pachtgeldern in Rückstand gewesen. Die Bestimmung in § 6 des Pachtcontracts, wonach der Pächter, falls er aus den genau geführten Büchern nachweise, daß bei ordentlich betriebener Wirthschaft die bestimmte Pachtsumme von 1200 ℛ R.-M. nicht vom Hofe zu ermöglichen gewesen sei, das Fehlende zu kürzen berechtigt und also nur den erzielten Reinertrag als Pachtzins abzuliefern verpflichtet sei, widerspreche der in § 1 des Contracts getroffenen Bestimmung halbjähriger Vorauszahlung des Pachtgeldes, da nämlich der in § 6 beregte Nachweis sich im Voraus nicht erbringen lasse und ebensowenig anzunehmen sei, daß durch diesen § die frühere Abrede der Pränumeration habe wieder aufgehoben werden sollen. Diesem nach lasse die Bestimmung des § 6 sich füglich nur dahin verstehen, daß der Pächter durch Erbringung des fraglichen Beweises nach Verlauf eines jeden Pachtjahrs berechtigt werden solle, die Differenz zwischen dem pränumerirten Pachtgeld und Reinertrag seiner Wirthschaft als indebitum zurück zu fordern. Selbstverständlich könne der Pächter nun nach gehöriger Beibringung solcher Nachweise, falls der Verpächter die Rückzahlung der gedachten Differenzsumme verweigere, seine Forderungen in späteren Pachtzahlungsterminen dem Verpächter anrechnen. So lange diese seine Gegenforderungen nicht zur völligen Liquidität erhoben worden seien, könne er jedoch aus denselben wider unbedingte Zahlungsbefehle, welche der Verpächter gegen ihn wegen bereits fälliger Pachtzinsforderungen ausbringe, Einreden mit Erfolg nicht vernehmen; denn bekanntlich werde im unbedingten Mandatsproceß der Implorat mit illiquiden Einreden nicht gehört. Im vorliegenden Fall stelle aber die einfache Einredebehauptung des Beklagten, daß im ersten Pachtjahr seine Ausgaben die Einnahmen den Wirthschaftsbüchern zufolge um mehr als den Betrag der eingeklagten liquiden Pachtgeldrückstände überstiegen hätten, sich bei dem desfälligen Widerspruch des Klägers sofort, und ohne daß es dafür eines weiteren Eingehens auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des eingeholten Schiedsspruchs bedürfe, als illiquide dar. Der Kläger habe zwar irrthümlich den Schwerpunkt seiner Klage in diesem Schiedsspruch statt in den Bestimmungen des der Klage mit zu Grunde gelegten Pachtcontracts gesucht. Diese unrichtige Würdigung des seinem Mandatsgesuch untergelegten thatsächlichen Materials könne ihm aber bei Beurtheilung der Sache nicht zum Nachtheil gereichen.

Das Collegium trat dieser Ansicht nicht bei, weil es den beregten § 6 des Pachtcontracts in Verbindung mit dem § 16 dahin auffaßte, daß durch denselben dem Pächter das Recht habe zugestanden werden sollen, nach Verlauf eines jeden Pachtjahrs den Anspruch des Verpächters auf fernere Pränumeration der Pachtgelder durch die mittelst Bezugnahme auf die Wirthschaftsbücher unterstützte Behauptung, daß in früheren Pachtjahren der Reinertrag des ge-

Digitized by Google

auf den Weg des ordentlichen Verfahrens stattfindet, nach der im Herzogthum Schleswig herrschenden Praxis im Allgemeinen die Entscheidung über die Kosten ausgesetzt, und in dem demnächst einzuleitenden ordentlichen Verfahren zugleich über die Kosten des vorangegangenen bedingten Mandatsverfahrens mit erkannt wird; daß aber ein Gleiches nicht für den Fall anzunehmen ist, wo der Kläger, nachdem ihm die Erledigung der Sache im Wege des bedingten Mandatsverfahrens mißlungen ist, statt nunmehr den Weg des ordentlichen Verfahrens zu betreten, unter Beibringung besserer Beweismittel ein unbedingtes Mandatsverfahren einleitet, indem der Gesichtspunkt, welcher der obgedachten Schleswigschen Praxis zu Grunde liegt, daß man nämlich den auf das fruchtlos gebliebene bedingte Mandatsverfahren folgenden ordentlichen Proceß nicht als einen eigentlich neuen Proceß, sondern gewissermaaßen als einen durch das bedingte Mandatsverfahren bereits eingeleiteten Proceß ansieht, hier nicht zutrifft; daß vielmehr in diesem Fall der eingeleitete unbedingte Mandatsproceß als ein durchaus neuer Proceß betrachtet werden muß, den der Kläger nicht einleiten kann, ohne eo ipso das bisherige bedingte Mandatsverfahren fallen zu lassen; daß aber der Kläger, wenn er den von ihm eingeleiteten Proceß zum Zweck einer neuen Klaganstellung fallen läßt, einer allgemein anerkannten Rechtsregel zufolge dem Gegner die durch das bisherige, jetzt nutzlos gewordene Verfahren verursachten Kosten zu erstatten schuldig ist;

8) daß freilich die von dem Imploraten am 5. November v. J. gegen das damals erlassene bedingte Mandat bei dem Flensburger Magistrat eingereichte Gegenvorstellung, um deren Kosten es sich handelt, durch das Decret des Flensburger Magistrats vom 6. November v. J. dem Impleranten „zur Acquiescirung und Kostenerstattung, event. zum ferneren rechtlichen Verfolg seiner Klage" mitgetheilt ist, ohne daß die Art und Weise der ferneren rechtlichen Verfolgung der Klage, für welche die stillschweigende Aussetzung der Entscheidung über den Kostenpunkt gilt, näher angegeben ist; daß aber dieser Umstand nicht in Betracht kommen kann, da das gedachte Decret nach Maaßgabe der vorher gemachten Bemerkungen interpretirt werden muß;

9) daß mithin der Implorant schuldig ist, außer den auf 10 ß R.-M., jetzt 18 ℔ 12 ß Cour., sich belaufenden Kosten, zu deren Erstattung er durch den Bescheid des Appellationsgerichts vom 2. Januar d. J. rechtskräftig verurtheilt worden ist, auch die Kosten der oben erwähnten, unterm 5. November v. J. bei dem Flensburger Magistrat eingereichten Gegenvorstellung dem Imploraten zu erstatten, und daß daher die zweite eventuelle Supplicationsbeschwerde des Imploraten, in soweit sie auf diesen Punkt sich bezieht, für begründet zu erachten ist; daß dagegen die von dem Imploraten beantragte Vergleichung der Kosten der Unterinstanz wegen der Geringfügigkeit der Gegenforderungen und, da er weit davon entfernt gewesen ist, den Rest nach Abzug der kleinen Pöste, die er in Abrechnung bringen kann, bezahlen zu wollen, auch die Kosten des Verfahrens in der Unterinstanz durch die Discussion über diese Gegenforderung nicht in einer irgendwie in Betracht kommenden Weise vermehrt worden sind, nicht für gerechtfertigt gehalten werden kann,

ergeht hierdurch nach eingezogener Gegenerklärung des Supplicaten, sowie unter Retradirung der Originalanlagen der Bescheid:

daß das angefochtene Erkenntniß des Flensburger Magistrats vom 15. März d. J. dahin abzuändern sei, daß außer den Kosten, zu deren Erstattung der Implorant und Supplicat durch den Bescheid des Appellationsgerichts vom 2. Januar d. J. verurtheilt ist, noch die Kosten der von dem Imploraten und Supplicanten unterm 5. November v. J. gegen das damals erlassene bedingte Mandat beim Flensburger Magistrat eingereichten Gegenvorstellung, welche hiedurch zu 16 ℔ 14 ß Cour. bestimmt werden, von der eingeklagten Summe in Abzug zu bringen seien; daß es im Uebrigen aber bei dem angefochtenen Bescheide sein Verbleiben behalten müsse. Unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

V. R. W.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 4. Juni 1864.

---

hörig bewirthschafteten Pachtobjects der bedungenen Pachtsumme nicht gleichgekommen sei, und eventuell durch Provocation auf einen Schiedsrichterspruch dergestalt in Frage zu stellen, daß damit die über etwanige Zugeständnisse des Pächters hinausgehende verpächterische Forderung geradezu abhängig erscheine von dem abzugebenden Schiedsspruch.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

39. Stück. — Den 26. September 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Ob in der Stadt Kiel nach geltendem Herkommen die Verabredung einer zu protocollirenden Specialhypothek für eine Schuld die Bestellung einer Generalhypothek einschließe.

(Beschluß.)

Gegen dies Erkenntniß hat der Justificat rechtzeitig das Rechtsmittel der Appellation interponirt und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß erkannt wie geschehen und nicht vielmehr der in der Vernehmlassung gestellten Bitte gemäß der Appellat mit seinem Antrage enthört, auch schuldig erkannt sei, die gegen die Verlassung des in dem I. Quartier sub Nr. 285 A belegenen Grundstücks an die Schlachtermeister Brock und Will erhobene Contradiction deliren zu lassen unter der Bedingung, daß ihm eine auf 2300 ℔ R.-M. lautende, von O. T. R. 1863 mit 4 pCt. jährlich in den O. T. R. zu verzinsende und bei prompter Zinszahlung nicht früher als zur Auszahlung in den O. T. R. 1868 kündbare Schuld- und Pfandverschreibung von dem Appellanten ausgestellt und auf dem Folio des verkauften Gewefes in der Priorität unmittelbar nach 9033 ℔ 32 ß protocollirt werde, unter Verurtheilung des Appellaten in die angeursachten Proceßkosten, d. et m. s.;

2) eventualiter, daß Appellant zur Erstattung der Kosten des Justificationsverfahrens, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, verurtheilt sei und nicht vielmehr die Kosten des Justificationsverfahrens compensirt seien.

Es steht demnach zur Frage, ob diese Beschwerden für begründet zu erachten.

In Erwägung nun, daß der Appellant sich erboten hat, dem Appellaten eine Obligation des festgesetzten Inhalts auszustellen, und dies sowohl wie seine Erklärung, daß Brock und Will event. erbötig seien, die Obligation mit zu unterzeichnen und als Debitoren für das Capital mit einzutreten, hinreichend ergiebt, daß der Appellant selbst der Schuldner des Appellaten zu bleiben, seine contractsmäßige Verpflichtung in dieser Beziehung somit zu erfüllen bereit ist;

in Erwägung ferner, daß, insofern bei einer auf längere Zeit verabredeten Creditirung eines Darlehns nicht ausdrücklich oder stillschweigend stipulirt worden ist, daß der Gläubiger nur so lange an diese Vereinbarung gebunden sein solle, als der Schuldner Eigenthümer der für das Darlehen verpfändeten Sache bleibe, eine Veräußerung der letzteren den Gläubiger nicht berechtigt, das Capital vor Eintritt des verabredeten Zahlungstermins zurückzufordern, da durch die Verpfändung einer Sache der Eigenthümer seines Rechts, dieselbe zu veräußern, sich nicht begiebt und durch die Veräußerung selbst das Obligationsverhältniß zwischen Creditor und Debitor nicht alterirt wird;

in Erwägung, daß, da vom Appellaten weder behauptet ist, daß eine derartige Bedingung bei Creditirung des Capitals ausdrücklich hinzugefügt, noch auch solche Thatsachen angeführt sind, aus denen gefolgert

Digitized by Google

werden könnte, daß diese Bedingung von den Contrahenten stillschweigend vorausgesetzt sei, der Appellat, falls er mehr nicht, als ein protocollirtes Pfandrecht an dem verkauften Grundstück beanspruchen kann, schuldig sein würde, seine Contradiction deliren zu lassen, wenn der Appellant, wie er offerirt hat, die Protocollation der Obligation in der zugesagten Priorität veranlaßt;

in Erwägung sodann, daß, wenn der Appellant, wie in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses angenommen ist, verpflichtet wäre, in der von ihm auszustellenden Obligation dem Appellaten neben dem Specialpfandrecht ein generelles Pfandrecht einzuräumen, der Appellat allerdings nach der für die Stadt Kiel geltenden Protocollationsordnung durch die Protocollation dieser Obligation zugleich ein protocollirtes Pfandrecht an den übrigen Gütern des Appellanten, insoweit sie unter städtischer Jurisdiction sich befinden, erlangt haben würde, und daß unter dieser Voraussetzung, da solche ihm durch die Annahme der Offerte des Appellanten nicht gewährt würde, seine Contradiction für justificirt würde erachtet werden müssen;

in Erwägung, daß zwar die auf diese Voraussetzung basirte Entscheidung des judicii a quo nicht aus dem Grunde angefochten werden kann, weil der Appellat in seinem Justificationsantrage diesen Punkt nicht berührt hat, indem, falls eine Partei zur Begründung eines Antrags sich darauf beruft, daß sie den Gegner in moram accipiendi versetzt habe und dies von Letzterem bestritten wird, dem Richter kraft seines Amts zu prüfen obliegt, ob nach den thatsächlichen Anführungen der ersteren Partei eine mora rechtlich begründet ist oder nicht;

daß jedoch es an hinreichenden Gründen für die Annahme fehlt, daß der Appellant contractlich verpflichtet sei, seine sämmtlichen Habe und Güter für das creditirte Restkaufgeld zu verpfänden, vielmehr alle Umstände darauf hinweisen, daß die Parteien nur die Constituirung eines protocollirten Specialpfandes beabsichtigt haben;

in Erwägung nämlich:

1) daß nach dem betreffenden Passus des Contractes der Appellant nur verpflichtet ist, die fragliche Restkaufsumme für den Appellaten auf dem Folio des verkauften Gewefes protocolliren zu lassen, hierdurch aber zunächst nur die Verbindlichkeit für den Appellanten begründet wird, das bezügliche Grundstück speciell zu verpfänden;

2) daß, wenn auch die vom Kieler Magistrat bezeugte Usance, daß in der Stadt Kiel in Schuld- und Pfandverschreibungen, welche dort protocollirt worden, fast ausnahmslos neben der speciellen Verpfändung eines Grundstücks die generelle Güterverpfändung ausgesprochen werde, unter andern Verhältnissen vielleicht einen Schluß dahin rechtfertigt, daß die Contrahenten, wenn sie nicht speciell das Gegentheil erklärt haben, dieser Usance haben folgen wollen, dieselbe doch für diesen Fall als eine sichere Anzeige für die Intention der Parteien nicht angesehen werden kann, da bei dem Debitor als einem Ausländer eine Kunde von dem in dieser Beziehung in Kiel Herkömmlichen nicht vorausgesetzt werden darf, damit aber auch der Schluß hinfällig wird, daß er das Herkömmliche gewollt habe;

3) daß der Umstand, daß einerseits der Appellat wenig Interesse daran haben konnte, sich ein generelles Pfandrecht bestellen zu lassen, da er die Vorzugsrechte des protocollirten Pfandrechts an den zu jener Zeit wenigstens nicht unter städtischer Gerichtsbarkeit belegenen übrigen Gütern des Appellanten doch nicht erlangen konnte, während andererseits der Appellant auf eine für ihn mindestens sehr unbequeme Verpfändung seines sämmtlichen in Hamburg befindlichen Vermögens ohne dringende Veranlassung und namentlich ohne specielles Verlangen des Appellaten sich schwerlich würde eingelassen haben, die Annahme rechtfertigt, daß die Parteien eine generelle Güterverpfändung für das Restkaufgeld überall nicht haben stipuliren wollen und daß aus diesem Grunde von derselben in dem Contracte keine Rede ist;

4) daß der Umstand ferner, daß der Appellat in seinem Justificationsantrage nichts von einer Verpflichtung des Appellanten erwähnt, für das creditirte Capital seine sämmtliche Habe und Güter zu verpfänden, es höchst unwahrscheinlich macht, daß er auch nur für seinen Theil es als selbstverständlich beim Abschluß des Vertrages vorausgesetzt habe, daß der Appellant diese Verbindlichkeit übernehme, und endlich

5) daß der Appellat auch in seiner Appellations-

Digitized by Google

gegenerklärung in dieser Beziehung auch nur behauptet hat, daß bei der vom Untergerichte constatirten Usance neben der speciellen Verpfändung des Grundstücks in der auszustellenden Obligation eine allgemeine Güterverpfändung eingetreten sein würde, derselbe sich also keineswegs darauf beruft, daß er, geschweige denn beide Parteien, stillschweigend davon ausgegangen seien, daß das Usancemäßige auch in diesem Fall zur Anwendung kommen solle;

in Erwägung, daß, da somit der Appellant alles dasjenige zu leisten sich bereit erklärt hat, was der Appellat in Gemäßheit des unter den Parteien abgeschlossenen Contracts zu fordern berechtigt ist, die Contradiction für justificirt nicht zu erachten und das angefochtene Erkenntniß in Gemäßheit der principalen Appellationsbeschwerde zu reformiren ist,

wird auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten und nach stattgehabter mündlicher Verhandlung von Obergerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Kieler Magistrats vom 6. November v. J. dahin abzuändern:

daß die Contradiction des Justificanten gegen die Verlassung des im 1. Quartier sub Nr. 285 A zu Kiel belegenen Grundstücks für justificirt nicht zu erachten, Justificant auch schuldig sei, die erhobene Contradiction deliren zu lassen, unter der Bedingung, daß ihm eine auf 2300 ℳ R.-M. lautende, von O. T. R. 1863 an mit 4 pCt. jährlich in den O. T. R. zu verzinsende und bei prompter Zinszahlung nicht früher, als zur Auszahlung in den O. T. R. 1868 kündbare Schuld- und Pfandverschreibung von dem Justificaten ausgestellt und auf dem Folio des verkauften Gewefes in der Priorität unmittelbar nach 9033 ℳ 32 ß protocollirt werde; unter Verurtheilung des Justificanten zur Erstattung der Kosten der Unterinstanz und unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Herzoglichen Obergericht zu Glückstadt, den 9. Mai 1864.

Der Justificant wandte sich mit einer Appellation gegen dies Erkenntniß an das Herzogliche Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht, erhielt aber den nachstehenden abschlägigen Bescheid.

Auf die am 12. Juli d. J. hier eingereichte Appellationsrechtfertigung des Cigarrenfabrikanten Th. Stein in Kiel, Justificanten und Appellanten,

wider

den Bürger D. Eichmann in Hamburg, Justificaten und Appellaten,

betreffend die Justification des gegen die Verlassung eines von dem Justificaten an die Schlachtermeister Brock und Will verkauften Hauses erhobenen Widerspruchs, jetzt die Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 9. Mai d. J.,

wird,

in Erwägung, daß nach der eigenen Angabe des Justificanten in seinem Justificationslibell der Justificat in dem zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufcontract in Betreff des creditirten Restes der Kaufsumme von 2300 ℳ R.-M. ihm nur versprochen hat, eine Obligation zu 4 pCt. auszustellen und hinter 9033 ℳ 32 ß R.-M. auf dem Folium des gekauften Grundstücks protocolliren zu lassen, ein Versprechen aber, zugleich auch wegen dieser Restforderung eine protocollirte Generalhypothek zu bestellen, ihm vom Justificanten nicht ertheilt ist;

in Erwägung, daß aus dem Umstande, daß in Schuld- und Pfandverschreibungen in Kiel neben einer Specialhypothek gewöhnlich auch eine Generalhypothek am Vermögen des Schuldners bestellt wird, wie dies überall in der Regel geschehen dürfte, nicht gefolgert werden kann, daß es die herrschende Rechtsansicht in Kiel sei, daß die Verabredung einer Specialhypothek für eine Schuld stets auch die Bestellung einer Generalhypothek einschließe und zur Gewährung einer solchen verpflichte, wenn die Contrahenten nicht das Gegentheil ausgemacht und erklärt hätten, also in dieser Beziehung ein eigentliches jedermann bindendes Gewohnheitsrecht sich gebildet hätte;

in Erwägung, daß auf die Voraussetzungen und Erwartungen, welche der Justificant bei den Verabredungen über die erwähnte Restschuld gehegt haben will, da sie nicht zu ausdrücklichen Vertragsbedingungen erhoben worden sind, nichts ankömmt;

Digitized by Google

in Erwägung, daß daher der Justificant nur auf die ihm zugesicherte protocollirte Specialhypothek, aber nicht auch auf eine protocollirte Generalhypothek Anspruch hat und demzufolge die erste Beschwerde sich als unbegründet darstellt, und

in endlicher Erwägung, daß, da hiernach der Widerspruch des Justificanten gegen die Verlassung des fraglichen Hauses nicht für justificirt erachtet werden kann, auch dessen Verurtheilung zur Erstattung der Kosten des Justificationsverfahrens als gerechtfertigt erscheint, mithin die zweite Beschwerde ebenfalls zu verwerfen ist,

hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Rechnung des Anwalts des Justificanten und Appellanten wird zu 29 ℔ 14 ß, die seines Procurators zu 7 ℔ 2 ß bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzoglich Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 24. August 1864.

Ein stattgehabtes Zeugenbeweisverfahren ist nach später geschehener Leistung des Schiedeseides nicht mehr wegen Nichtigkeit anzufechten.

In Sachen des Arbeitsmannes Claus von der Geest in Fahrstedt in väterlicher Vormundschaft für seinen gleichnamigen Sohn, Imploranten, Querulanten,

wider

den Hofbesitzer H. Schlichting in Westermenghusen für seinen unmündigen Sohn, Johann Diedrich Schlichting in Frederik VII. Koog, Imploraten, Querulaten,

wegen Gesindestreits, jetzt um Cassation der unterm 8. Septbr. und 22. Septbr. 1863 von der Süderdithmarscher Landvogtei abgegebenen Erkenntnisse,

ergeben die Acten:

Der Implorant, in väterlicher Vormundschaft für seinen unmündigen Sohn gleichen Namens, erhob gegen den Imploraten für dessen unmündigen Sohn bei der Süderdithmarscher Landvogtei unterm 8. September v. J. wegen widerrechtlicher Entlassung aus dem Dienste eine Klage auf den rückständigen Lohn und vierteljährliches Kostgeld. Nach stattgehabter Verhandlung der Sache, in welcher der Implorant event. dem Imploraten den Schiedseid deferirte und Letzterer denselben acceptirte, wurde, da ein Vergleich nicht zu vermitteln war, zur Vernehmung der von den Parteien mitgebrachten Zeugen geschritten, und sind, nachdem ein Probatorialzeuge als noch nicht eidesmündig weggefallen war, die übrigen Zeugen nach vorgängiger Verwarnung vor dem Meineide beeidigt und, nachdem die Parteien hierauf abgetreten, singulatim vernommen worden. Nach beendigtem Verhör wurde von der Landvogtei der versuchte Zeugenbeweis des Imploranten für verfehlt erachtet und erkannt, daß über das Factum, daß Imploratens Sohn den Sohn des Imploranten nicht ausdrücklich aus dem Dienste habe gehen heißen, auf den deferirten Eid zu recurriren sei und Implorat denselben als über ein factum alienum als Glaubenseid abzuleisten habe. Zugleich wurde Termin zur Ableistung dieses Eides auf den 22. September v. J. angesetzt, und ist in diesem Termin vom Imploraten der Eid rite abgeleistet worden. Da der Implorant sodann erklärte, daß er den verdienten Lohn von dem Sohne des Imploraten bereits empfangen habe, so wurde von der Landvogtei erkannt, daß Implorant mit seinen erhobenen Klagansprüchen ab- und zur Ruhe zu verweisen, auch schuldig sei, die dem Imploraten verursachten Kosten, sobald er des Vermögens, zu erstatten.

Der Implorant in qual. qua hat nun, nachdem ihm auf seinen Antrag hieselbst ein Armenanwalt beigeordnet worden, gegen das ganze in inferiori beobachtete Verfahren die Nichtigkeitsquerel erhoben und darauf gestützt:

1) daß im Widerspruch mit dem seit dem 1. September v. J. in Kraft getretenen Gesetz vom 14. Juli 1863, betr. das Beweisverfahren im Civilproceß, die Zeugen vor ihrer Vernehmung beeidigt und die im § 3 dieses Gesetzes vorgeschriebenen Fragen ihnen nicht zur Beantwortung vorgelegt worden, sowie daß nach der Beeidigung die Parteien hätten abtreten müssen und die Zeugen heimlich abgehört worden seien;

2) daß, wenn hiernach das am 8. September v. J. abgehaltene Zeugenverhör zu cassiren sei, auch das auf jenes nichtige Zeugenverhör gebaute weitere Verfahren cassirt werden müsse;

Digitized by Google

3) daß der Implorat in qual. qua zum bloßen Glaubenseide zugelassen worden sei, während entweder er oder sein bereits eidesmündiger Sohn den Wahrheitseid hätten ableisten müssen.

Nach eingezogener Gegenerklärung und erstattetem Bericht der Süderdithmarscher Landvogtei steht zur Frage, ob die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde für begründet zu erachten.

In Erwägung nun, daß das vor der Landvogtei stattgehabte Zeugenbeweisverfahren, da es nach altem Rechte und nicht in Gemäßheit des mit dem 1. September v. J. in Kraft getretenen Gesetzes vom 14. Juli v. J., betr. das Beweisverfahren im Civilproceß, abgehalten worden, allerdings an Nichtigkeit leidet, der Implorant aber wegen der inzwischen erfolgten Ableistung des Schiedeseides diese Nichtigkeit geltend zu machen behindert ist;

in Erwägung nämlich, daß zufolge der Vergleichsnatur des Schiedeseides die Parteien durch die Delation und Acceptation desselben sich dahin vereinbaren, den Ausfall des Rechtsstreits von der Eidesleistung abhängig machen zu wollen, daß der Implorant die Ableistung des von ihm deferirten Eides hat geschehen lassen und daß, obwohl er durch die Meinung, daß das Zeugenverhör rechtsgültig abgehalten sei, veranlaßt sein mochte, den Schiedeseid zur Anwendung kommen zu lassen, doch nach den über die Bedeutung des Irrthums in Motiven geltenden Grundsätzen der Vorgang der Eidesleistung dadurch nicht alterirt wird und ein etwaiger Rechtsirrthum des Imploranten über die Gültigkeit des Zeugenverhörs nicht berücksichtigt werden kann, daß ferner mit der geschehenen Eidesleistung es thatsächlich unvereinbar ist, annoch wieder auf den Zeugenbeweis zu recurriren, dessen Wegfälligkeit eben die Voraussetzung der Eidesleistung bildet und daß daher der Implorant durch Zulassung der Eidesabnahme sich thatsächlich der Befugniß zur Anfechtung des Zeugenbeweisverfahrens begeben hat;

in Erwägung, daß hiermit die beiden ersten Nichtigkeitsgründe sich erledigen und daß der aufgestellte dritte Nichtigkeitsgrund ebenfalls verwerflich ist, weil, wenn man auch dem Imploranten darin beipflichten wollte, daß dem Imploraten kein Glaubenseid, sondern ein Wahrheitseid hätte auferlegt werden müssen, doch kein Fehler in procedendo, sondern nur in judicando zur Frage stehen würde;

wird auf die sub praes. den 15. April d. J. hieselbst eingegangene Nichtigkeitsbeschwerde nach eingezogener Gegenerklärung und erstattetem amtlichen Berichte dem Querulanten hierdurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt; derselbe auch schuldig erkannt, dem Imploraten die Kosten der Gegenerklärung, salv. specif. et mod., sobald er des Vermögens, zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 30. August 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Der Mandatar ist Dritten gegenüber nicht verpflichtet, sich auf Klagen einzulassen, welche gegen ihn Namens seines Constituenten erhoben werden.

In Sachen der Hufner Fr. Johannsen in Djernis und Thomas Simonsen in Scherrebeck, als syndici für die Lodseigener in Djernis und Scherrebeck, Kläger, jetzt Supplicanten,

wider

die Wittwe Sophie Fuglsang, geb. Lundström, c. c. s. in Djernis, als Bevollmächtigte ihres zur See abwesenden Sohnes August Christian Fuglsang, Eigenthümer einer Landboelstelle in Djernis, Beklagte, jetzt Supplicatin,

hauptsächlich wegen Erlegung einer jährlichen Abgabe von 3 ℔ 8 ß Cour. s. w. d. a.; jetzt Supplication wider das Erkenntniß des Dinggerichts der Gram-Harde vom 2. Januar d. J.,

ergeben die Acten:

Der seit einigen Jahren zur See abwesende Aug. Christian Fuglsang zu Djernis ist Eigenthümer einer dortigen Landboelstelle, welche während seiner Ab-

Digitized by Google

wesenheit von seiner Mutter Sophie Fuglsang bewirthschaftet wird. In dieser Veranlassung ward die Letztere von den Lodseignern zu Djernis und Scherrebeck angegangen um Leistung einer jährlichen Abgabe von 3 ℔ 8 ß Cour., welche zufolge eines unterm 16. Januar 1745 zwischen den Lodseignern in den gedachten beiden Dörfern und den dortigen 15 Landboelstellenbesitzern gerichtlich errichteten Uebereinkommens von jedem der Letzteren an die Ersteren dafür zu entrichten sei, daß den Landboelstellenbesitzern damals statt eines beanspruchten Communiongräsungsrechts an den Dorfsfeldmarken ein bestimmtes Stück Land zu freiem Eigenthum überlassen sei.

Die Wittwe Fuglsang weigerte sich, diesem Ansinnen freiwillig nachzugeben, und auch der auf Anhalten der Lodseigner deshalb vor dem Hardeslebener Amthaus stattgehabte Termin zum Versuch der Güte hatte nur die Verweisung der Sache auf den Weg Rechtens zur Folge.

Zur Regulirung der Passivlegitimation beantragten nunmehr die Lodseigner bei der competenten Gram-Hardesvogtei zunächst die Ablassung eines Befehls an die Wittwe Fuglsang, sich darüber zu erklären, ob sie von ihrem Sohn Vollmacht zur Verwaltung der Stelle habe und eventuell diese Vollmacht gerichtlich nebst einer Abschrift derselben für die Antragsteller zu produciren oder zu gewärtigen, daß zur Wahrnehmung der Interessen des Aug. Chr. Fuglsang und namentlich zur Verwaltung der demselben eigenthümlich zugehörigen Landboelstelle in Djernis ein curator absentis bestellt werden solle.

Diesem Antrag deferirte die Hardesvogtei dahin, daß sie der Wittwe Fuglsang unterm 14./18. März v. J. aufgab,

> binnen 14 Tagen ab ins. sich darüber, ob sie zur Verwaltung der Landboelstelle ihres Sohnes in Djernis eine schriftliche Vollmacht besitze oder nicht, und für letzteren Fall sich auch über das jenseitige Verlangen der Bestellung eines Curators zu erklären.

Als dieser Auflage nicht Folge geleistet war, erging auf weiteren desfälligen Antrag der Lodseigner ein Hardesvogteibefehl an die Wittwe Fuglsang:

> nunmehr binnen 8 Tagen ab ins. dem Mandat vom 14./18. März nachzukommen oder zu gewärtigen, daß für ihren Sohn ein Abwesenheitscurator bestellt werden werde.

Diesem Befehl leistete die Wittwe Fuglsang Folge durch Vorlegung einer ihr unterm 15. März 1859 von ihrem Sohn vor der Hardesvogtei ausgestellten Vollmacht, durch welche sie wörtlich ermächtigt wird: „die dem Constituenten gehörige Landboelstelle in Djernis, so lange er zur See abwesend sein werde, zu verwalten und zu bewirthschaften, die Einnahmen hieraus zu erheben, auch nach Gutbefinden die Stelle zu verkaufen und das Kaufgeld einzukassiren". Hinzugefügt sind nur noch die Clauseln: „daß Alles, was sie dergestalt mit des Vollmachtgebers zurückgelassenem Vermögen vornehmen werde, für ihn ebenso verbindlich und rechtsgültig sein solle, als wenn es von ihm selbst geschehen sei, und daß diese Vollmacht so viel gelten solle, als wenn das ganze in der Landgerichtsordnung vorgeschriebene Formular in dieselbe aufgenommen worden wäre."

Unter Bezugnahme auf diese ihnen abschriftlich mitgetheilte Vollmacht traten die Lodseigener nunmehr durch die dazu von ihnen erwählten beiden Syndici bei dem Dinggericht der Gram-Harde mit einer Klage wider die Wittwe Fuglsang auf. Die Klagbitte geht dahin:

> daß die Beklagte in qual. qua für ihren Sohn und für die künftigen Besitzer der ihm zugehörigen Landboelstelle in Djernis schuldig erkannt werden möge, die jährlich zum 1. Mai fällige Abgabe von 3 ℔ 8 ß Cour. an die Lodseigenthümer in Djernis und Scherrebeck für jetzt, so weit sie restire, nämlich seit dem 1. Mai 1860, und künftig unweigerlich zu bezahlen, so wie auch den Klägern die Kosten dieses Processes, s. d. e. m., zu erstatten.

Nachdem mittlerweile der Beklagten „als der von ihrem abwesenden Sohn, Seemann August Fuglsang bevollmächtigten Verwalterin der Landboelstelle desselben in Djernis" ohne Bezugnahme auf weitere Thatsachen für diesen Proceß das Armenrecht verliehen und ein Armenadvocat bestellt worden war, ließ dieselbe sich in dem demnächst abgehaltenen Termin vor der hier nicht weiter in Betracht kommenden eventuellen Ein-

Digitized by Google

lassung folgendermaaßen auf die Klage vernehmen. Sie wolle sich auf diese Klage nicht einlassen und sei dazu den Klägern gegenüber nicht verpflichtet, namentlich auch nicht aus der in solcher Hinsicht jenseits einzig angezogenen Vollmacht, welche an sich nur Rechtsverhältnisse zwischen ihr und ihrem Mandanten betreffe und keinem Dritten das Recht gebe, von ihr zu verlangen, daß sie von ihrer Vollmachtsbefugniß Gebrauch machen solle. Sie bitte daher um Abweisung der Klage und Verurtheilung der Kläger in die Kosten, gleich als ob ihr das Armenrecht nicht ertheilt worden wäre.

Replicando berufen die Kläger zur Widerlegung der Einrede der fehlenden Passivlegitimation sich darauf, daß die Beklagte vor Einleitung der Klage Vergleich angeboten, nach Verweisung der Sache ad ordinarium aber die Auflage, sich über ihren Besitz einer Vollmacht von ihrem abwesenden Sohn und eventuell über die Bestellung eines Curators für letzteren zu erklären, durch Vorlegung ihrer Vollmacht befolgt und damit sich als passiv legitimirt bekannt habe. Zugleich protestiren die Kläger gegen die Ertheilung des Armenrechts an die Beklagte. Da sie nur Namens ihres Sohnes belangt worden sei, so könne es nur auf des Sohns, nicht auf ihre Vermögensverhältnisse ankommen. Der Sohn aber sei unter allen Umständen als Grundbesitzer nicht qualificirt zur Bewidmung mit dem Armenrecht. Ueberhaupt fehle es an der Nachweisung einer gehörigen causae cognitio, namentlich an einem bezüglichen Zeugniß des Armencollegiums.

Duplicando leugnet die Beklagte, sich verbindlich mit den Klägern eingelassen zu haben. So wenig sie jemals einen Vergleich offerirt habe, welcher übrigens auch — weil nicht angenommen — wieder hinfällig geworden sein würde, ebensowenig sei sie durch die, wie sie habe annehmen müssen, unablehnbare Vorlegung ihrer Vollmacht den Klägern gegenüber Verpflichtungen eingegangen. Durch das zur Begründung des klägerischen Protestes gegen das ihr ertheilte Armenrecht Angeführte werde ihre Berechtigung zur Vorschützung der Einrede des Mangels der Passivlegitimation nur um so mehr bestätigt.

Darauf ist vom Dinggericht der Gram-Harde unterm 2. Januar d. J. nach Verwerfung des klägerischen Widerspruchs gegen das der Beklagten verliehene Armenrecht und in Berücksichtigung der opponirten Einrede des Mangels der Passivlegitimation für Recht erkannt:*)

daß Kläger mit ihrer Klage abzuweisen und der Beklagten c. c. als Bevollmächtigten ihres

---

*) Die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses lauten aus der dänischen Gerichtssprache ins Deutsche übersetzt:

Dem von den Citanten heute replicando gegen das der Beklagten ertheilte Armenrecht erhobenen Protest kann eine Berücksichtigung nicht gewährt werden in Anbetracht,

daß die Ertheilung des Armenrechts ein richterlicher Act ist, welcher nur durch Anordnung höherer Instanz wider rückgängig gemacht werden kann, und

daß übrigens die für die Verleihung des Armenrechts gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen hier vollständig vorhanden gewesen sind, da es dem Richter völlig bekannt war, daß nicht nur die Beklagte selbst arm sei, sondern auch ihr Sohn, welcher schon seit länger, ohne von sich hören zu lassen, zur See abwesend ist und jedenfalls kein weiteres Vermögen als die mit der Verbindlichkeit zur Alimentation der Mutter beschwerte Landboelstelle besitzt, durchaus zu derselben Kategorie zählt.

In der Sache selbst wird, in Erwägung,

daß die Beklagte Abweisung der Klage beantragt hat wegen fehlender Passivlegitimation, indem sie sich darauf beruft, daß die Vollmacht, auf welche die Citanten ihre Behauptung, daß sie die rechte Beklagte sei, stützen, kein Rechtsverhältniß zwischen ihr und ihnen zu begründen vermöge, mithin den Citanten gegenüber die Beklagte nicht irgendwie verbindlich erscheinen lasse;

daß dieser Ausführung der Beklagten um so mehr beigetreten werden muß, als die fragliche Verbindlichkeit derselben nach Inhalt der Vollmacht sich lediglich etwa aus ihrer Eigenschaft als Verwalterin der Landboelstelle würde ableiten lassen können, nun es aber expediti juris ist, daß ein Verwalter Dritten gegenüber nicht für den Eigenthümer oder für die auf dem von ihm verwalteten Vermögensgegenstand ruhenden Lasten verantwortlich gemacht werden kann,

hiedurch für Recht erkannt ꝛc.

Digitized by Google

abwesenden Sohnes August Fuglsang in Djernis alle Proceßkosten, s. m. et d., zu erstatten schuldig seien, gleich als ob ihr das Armenrecht nicht ertheilt gewesen sei.

Gegen dies Erkenntniß haben die Kläger sofort mit Zustimmung der Beklagten die Supplication statt der Appellation eingelegt und das Rechtsmittel nach wiederholter Befristung rechtzeitig prosequirt, indem sie sich darüber beschweren:

I. daß wie geschehen erkannt, und daß nicht vielmehr die Supplicatin c. cur. in qual. qua schuldig erkannt worden, die fragliche Abgabe von 3 ℛ 8 ß Cour. jährlich in Gemäßheit des Klagantrags pro praet. et fut. zu entrichten und binnen Ordnungsfrist die Kosten des Processes, s. d. et m., zu erstatten;

II. daß wie geschehen erkannt, und nicht vielmehr in näher angegebener Weise auf Beweis erkannt worden; in omnem eventum

III. daß wie geschehen erkannt, und daß nicht das judicium a quo, unter Verwerfung der Einrede der fehlenden Passivlegitimation, über die Realität der Sache erkannt hat; zugleich für alle Fälle mit Beziehung auf das Armenrecht,

IV. daß wie geschehen erkannt, und daß nicht erkannt worden, daß das der Supplicatin ertheilte Armenrecht als erschlichen wieder aufzuheben und als nicht ertheilt zu betrachten, oder wie sonst, in der Sache sowohl wie mit Beziehung auf das Armenrecht, den Rechten nach zu erkennen.

Es steht hiernach zur Frage: ob und in wie weit der Mandatar als solcher für verpflichtet zu erachten ist, sich auf Klagen einzulassen, welche gegen ihn Namens seines Vollmachtgebers angestellt werden.

In Erwägung nun, daß der Vollmachtsvertrag, gleich wie jeder andere Vertrag, regelmäßig nur unter den Contrahenten Rechte und Pflichten begründet, mithin der Mandatar zu Dritten, welche nicht unmittelbar beim Abschluß des Bevollmächtigungsvertrags betheiligt gewesen sind, für gewöhnlich erst dadurch in rechtliche Beziehung tritt, daß er ihnen gegenüber von seinem Mandat Gebrauch macht;

in Erwägung ferner, daß die Behauptungen der Kläger, durch Vorlegung der fraglichen Vollmacht abseiten der Beklagten in Folge der ihr deshalb gemachten gerichtlichen Auflage und durch die frühere Anbietung eines Vergleichs habe die Beklagte sich als passiv legitimirt bekannt, nicht zutreffen, weil aus diesen Umständen sich nicht ergiebt, daß die Beklagte sich den Klägern gegenüber verpflichtet hat, die Beklagtenrolle im gegenwärtigen Rechtsstreit zu übernehmen;

in Erwägung, daß hiernach sämmtliche die Hauptsache angehenden Beschwerden der Supplication, welche in der Voraussetzung zusammentreffen, daß die Beklagte unstatthafter Weise mit ihrer Einrede der fehlenden Passivlegitimation Gehör gefunden habe, wegfällig sind;

in Erwägung endlich, daß damit auch die noch übrige Beschwerde der Supplicanten über die Ertheilung des Armenrechts an die Supplicatin als wegfällig zu betrachten steht, weil den Supplicanten unter obwaltenden Umständen ein Anspruch auf Erstattung ihrer Proceßkosten nicht zusteht und sie deshalb kein Interesse an Erhebung eines Widerspruchs wider die beregte Verfügung des Untergerichts haben,

wird den Supplicanten auf ihre am 28. v. M. hierselbst eingereichte Supplicationsschrift hierdurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig, Flensburg, den 21. Juni 1864.

Es wird gebeten, Bestellungen auf das 4. Quartal 1864 der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ **vor Ablauf** des 3. Quartals bei den Postcomtoiren des Wohnorts gefällig beschaffen zu wollen.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

40. Stück. — Den 3. October 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Inwieweit die mit ihren Kindern in Gemeinschaft verbliebene Mutter zur Vertretung derselben im Fall ihrer Mündigkeit befugt sei.

Die Wittwe des Gastwirthes Orts in Heiligenhafen verblieb nach dem Ableben ihres Ehemannes mit ihren theils mündigen theils unmündigen Kindern in ungetheiltem Gut. Während dieser Gemeinschaft fiel ihren Kindern durch das Ableben eines Bruders ihres verstorbenen Vaters, des Bürgers H. Orts in Heiligenhafen, und seiner Wittwe eine Erbschaft zu, und es beantragte nun die Wittwe Orts bei dem Heiligenhafener Magistrat, daß von einer Anordnung einer Curatel für ihre abwesenden mündigen Kinder abgesehen und ihr als der mit allen ihren Kindern noch in ungetheilten Gütern lebenden Mutter nebst Assistenten die Rechtsverfolgung und Verwaltung in Bezug auf die gedachte Erbschaft der Vormünderordnung gemäß überlassen werden möchte.

Der Magistrat ertheilte der Supplicantin,

in Erwägung, daß eine Bevormundung nur für die Dauer der Unmündigkeit gesetzlich angeordnet ist, und jede Vormundschaft nach Eintritt der Mündigkeit erlischt, Supplicantin daher nicht für berechtigt gehalten werden kann, ihre durch die Mündigkeit aus der Vormundschaft ausgetretenen abwesenden Kinder in Betreff der diesen nach dem Ableben der Eheleute Herrm. Orts und Catharina Magdal. Orts, geb. Schönning, angefallenen Erbschaft zu vertreten und deren Rechte wahrzunehmen,

am 21. April d. J. zum Bescheide: daß auf ihre daselbst eingebrachten Anträge nicht einzutreten sei.

Als sie hiegegen supplicirend an das Holsteinische Obergericht sich wandte, wurde ihr der nachstehende abschlägige Bescheid zu Theil:

Auf die sub praes. den 5. Mai d. J. hieselbst eingereichte einfache Beschwerde von Seiten der Wittwe Amalia Margaretha Orts, geb. Stuhlmann, zu Heiligenhafen c. cur. et assist., dem Stadtkassirer W. Franck daselbst,

wegen Wahrnehmung der Erbrechte ihrer mit ihr in ungetheilten Gütern lebenden Kinder,

wird nach erstattetem Bericht des Heiligenhafener Magistrats vom 20. Mai d. J.,

in Erwägung, daß die mit ihren Kindern in Gemeinschaft verbliebene Mutter zwar befugt ist, auch ihre mündigen Kinder in Bezug auf das in der Gemeinschaft befindliche Gut zu vertreten, eine gleiche Befugniß derselben aber in Bezug auf das diesen mündigen Kindern von väterlichen Verwandten während der Gemeinschaft anfallende Vermögen nicht behauptet werden kann, da, wenn auch in dem § 5 der Vormünderverordnung vom 13. September 1743 bestimmt ist, daß, wenn während der Communion der Mutter mit den Kindern diesen letzteren von den väterlichen Anverwandten ein Erbe anstirbt, solches von der Mutter mit Zuziehung des ihr zugeordneten Assistenten gesondert zu verwalten ist, doch aus dem ganzen Zusammenhang der nur auf die Regulirung der Rechtsverhältnisse

Digitized by Google

der Unmündigen sich beziehenden Verordnung, insbesondere aus der Vergleichung des § 2 derselben, in welchem ausdrücklich von minderjährigen Kindern die Rede ist, und der Erwägung, daß der Mutter ohne Zweifel keine größeren Rechte als dem Vater haben eingeräumt werden sollen, sich mit Klarheit ergiebt, daß auch die Bestimmung des § 5 von den den unmündigen Kindern während der Gemeinschaft anfallenden Erbschaften zu verstehen ist;

in Erwägung, daß daher der Heiligenhafener Magistrat mit Recht der Querulantin die Befugniß zur Vertretung ihrer abwesenden mündigen Kinder in Betreff der ihnen nach dem Ableben der Eheleute Herrm. Orts und Catharina Magdalena Orts, geb. Schönning, angefallenen Erbschaft abgesprochen hat,

der Querulantin unter Retradirung der Originalanlagen ihrer Vorstellung hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 1. Juni 1864.

Ob der Amtsverwalter des Amts Ahrensböck zur Aufnahme von Untersuchungsprotocollen in Polizeisachen befugt sei.

Der Dienstknecht Hans Klodt aus Lebatz, welcher von dem Ahrensböcker Amthause unterm 12. Mai d. J. auf Grund einer von der dortigen Amtstube gegen ihn geführten polizeilichen Untersuchung wegen gewaltthätigen Benehmens gegen seinen Dienstherrn zu einer zweitägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod und Erstattung der Untersuchungskosten verurtheilt worden war, wandte sich gegen dies Erkenntniß mit einer Supplication an das Obercriminalgericht, in welcher er das stattgehabte Polizeiverfahren sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht anfecht. Ihm wurde von dem Obergericht hierauf der folgende Bescheid ertheilt.

Auf die mit Bericht des Ahrensböcker Amthauses vom 15./23. v. M. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Dienstknechts Hans Klodt in Lebatz, Supplicanten,

wegen angeblich gewaltthätigen Benehmens gegen seinen Dienstherrn s. w. d. a., jetzt wider das Straferkenntniß des Ahrensböcker Amthauses vom 12. Mai d. J.,

wird,

in Erwägung, daß der Einwand des Defensors des Supplicanten, es hätte in dieser Sache nicht ein polizeiliches Untersuchungsverfahren, sondern ein civilproceßualisches Verfahren nach Vorschrift entweder der Gesinde- oder der Injurienverordnung eingeleitet werden müssen, als unbegründet erscheint, da von privatrechtlichen Ansprüchen, welche aus dem Gesindeverhältniß hervorgehen, hier keine Rede ist und, wenn auch dem Dienstherrn des Supplicanten die Anstellung einer Injurienklage unbenommen war, es ihm nicht weniger freistand, den Vorfall im Wege der Denunciation zur Kenntniß der Polizeibehörde zu bringen und ein amtliches Einschreiten zu erwirken, indem zur Einleitung einer officiellen Untersuchung hinlänglicher Grund vorhanden war, weil, wenn der Denunciat zur Zeit des fraglichen Vorfalls noch im Dienste stand, in seinem Auftreten eine solche Mißachtung des dienstlichen Verhältnisses, wodurch er zu einer persönlichen Unterwürfigkeit gegen seinen Dienstherrn verpflichtet war, gefunden werden mußte, daß ein polizeiliches Einschreiten völlig motivirt war, wenn derselbe aber bereits als aus dem Dienste abgegangen zu betrachten war, seine Handlungsweise, namentlich da er ungeachtet der Aufforderung des Denuncianten das Zimmer nicht verlassen wollte und erst mit Gewalt entfernt werden mußte, eine Verletzung des Hausrechts involvirte, welche in Verbindung mit der behaupteten Gewaltthätigkeit gleichfalls die Einleitung einer polizeilichen Untersuchung rechtfertigte;

in Erwägung, daß die Untersuchung von der Ahrensböcker Amtstube geführt worden ist und daß das Amthaus auf Grund der von der Amtstube eingesandten Untersuchungsacten, ohne selbst den Inculpaten oder einen Zeugen zu vernehmen, das Erkenntniß abgesprochen hat, daß in einem früheren Falle nämlich in Supplicationssachen des Pantoffelmachers Joh. Hinr. Lerch in Ahrensböck ein ganz gleiches Verfahren vom

Digitized by Google

Oberappellationsgerichte unterm 22. März 1851 als nichtig aufgehoben worden ist, dieser Bescheid aber hieselbst nicht zur Folge hat gezogen werden können, da nach dem Kanzleischreiben vom 25. Februar 1843, betr. den Geschäftskreis des Actuars, des Amtsverwalters und des Hausvogts für die Aemter Plön und Ahrensböck, der Amtsverwalter zur Protocollaufnahme in Polizeisachen allerdings als befugt anzusehen ist, indem dem Actuar lediglich in Criminal- und Civilbrüchsachen beider Aemter, nicht auch in Polizeisachen, mit welchen letztern die Civilbrüchsachen selbstfolglich nicht zu identificiren sind, die Protocollführung übertragen ist und dagegen dem Amtsverwalter die Kirchspielvogteigeschäfte für das Amt Ahrensböck, zu denen die Handhabung der Polizei und Einleitung einer Vorunterſuchung in Criminal- und Polizeisachen zu rechnen ist, zugewiesen worden sind, welchemnach es lediglich zur Frage stehen würde, ob es als statthaft zu erachten, daß das Amthaus für ein von demselben abzugebendes polizeiliches Straferkenntniß die von der beikommenden Unterbehörde aufgenommenen Untersuchungsprotocolle zur Grundlage nehme, diese Frage aber hieselbst wiederholt unter Bezugnahme auf die im Amte Ahrensböck bestehende Verfassung bejaht worden ist;

in Erwägung, daß in materieller Beziehung das angefochtene Erkenntniß vollständig gerechtfertigt ist, da der Supplicant die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen, wenn er auch in Nebenpunkten leugnet, im Wesentlichen eingeräumt hat, namentlich daß er mit einem Stock zu seinem Dienstherrn in's Zimmer getreten sei, mit dem Stock auf die Erde gestoßen habe, ferner der Aufforderung, sich zu entfernen, sich widersetzt, seinen Dienstherrn bei den Haaren gefaßt und mit „Du" angeredet, sowie schließlich bei seinem Weggange gesagt habe: Warte, ich will Euch kriegen, — welches Alles die erkannte zweitägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod als hinlänglich motivirt erscheinen läßt;

hiedurch dem Supplicanten von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kostenrechnung des Defensors passirt angesetztermaaßen mit 13 ℔. Cour.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 30. August 1864.

In der in diesem Bescheide erwähnten früheren Supplicationssache des Pantoffelmachers Lerch in Ahrensböck war diesem Supplicanten auf seinen Recurs gegen ein von dem Ahrensböcker Amthause gegen ihn abgegebenes polizeiliches Erkenntniß der folgende obergerichtliche Bescheid ertheilt worden.

Auf die unterm 1. October d. J. hieselbst eingegangene Recursschrift des Pantoffelmachers Joh. Heinr. Lerch in Ahrensböck, Supplicanten,

betr. ein auf 6mal 5tägiges Gefängniß bei Wasser und Brod lautendes Straferkenntniß,

wird,

in Erwägung, daß nach der im Amte Ahrensböck bestehenden Verfassung die vom Amtsverwalter in Ahrensböck aufgenommenen Vernehmungsprotocolle zu dem vom Amthause abgegebenen polizeilichen Straferkenntniß eine genügende Grundlage bilden;

in Erwägung, daß Supplicant auf Mittheilung der Acten, betr. den früheren unterm 3. August d. J. abgeurtheilten Straffall, kein Recht hat, weil diese Acten mit der gegenwärtig vorliegenden Sache überall in keinem Zusammenhang stehen;

in Erwägung, daß mit Rücksicht darauf, daß Supplicant sich die in kurzer Zeit mehrfach wegen Trunkenheit und Unfugs erlittenen Strafen nicht hat zur Warnung dienen lassen, mit Rücksicht auf die Schwere des abermals jetzt in der Trunkenheit verschuldeten Unfugs und Ungebühr, sowie vorzüglich mit Rücksicht auf die in der Trunkenheit gegen seine eigene Mutter verübten Gewaltthätigkeiten zu einer Herabsetzung der vom Ahrensböcker Amthause wider den Supplicanten verhängten polizeilichen Strafe keine genügende Veranlassung vorliegt,

nach eingezogenem Bericht des Ahrensböcker Amthauses hiedurch von Obergerichtswegen dem Supplicanten

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 21. Novbr. 1850.

Auf weitere Supplication des Verurtheilten wurde von dem Schleswig-Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgericht mittelst des nachstehenden Rescriptes das

Digitized by Google

in dieser Sache stattgehabte Verfahren als nichtig wieder aufgehoben.

Dem Holsteinischen Obercriminalgericht wird, bei Remittirung der von dem Ahrensböcker Amthause am 21. Januar d. J. mit der Supplicationsschrift für den Pantoffelmacher Johann Heinrich Lerch in Ahrensböck gegen die wider ihn erkannte 6mal 5tägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod eingesandten Untersuchungsacten, sowie der von dem Holsteinischen Obergerichte am 11. Februar d. J. eingesandten dortigen Archivacten, hiedurch zu erkennen gegeben.

Da ein Straferkenntniß sowohl in Polizei- als in Criminalsachen eine vorgängige Untersuchung durch die leitende gerichtliche Behörde voraussetzt, die Protocollführung in Criminal- und Brüchsachen aber nach dem Kanzleischreiben vom 25. Februar 1843, betreffend den Geschäftskreis der Actuars, des Amtsverwalters und des Hausvogts für die Aemter Plön und Ahrensböck zum Geschäftskreise des Actuariats gehört, der Actuar auch bei Verhinderung des Amtmanns als Amtsverweser fungiren und in solchen Fällen für die Protocollführung durch einen dazu geeigneten Mann Sorge tragen soll, diese Untersuchung und Protocollführung daher vom Geschäftskreise des Amtsverwalters ausgeschlossen sind; so wird das Verfahren in dieser Untersuchungssache nebst dem darauf erfolgten Erkenntnisse des Ahrensböcker Amthauses vom 27. August v. J. hiedurch als nichtig aufgehoben, wobei es dem Obercriminalgerichte überlassen bleibt, wegen Wiederaufnahme der Untersuchung wider den Angeschuldigten das Erforderliche wahrzunehmen.

Schleswig-Holstein-Lauenburgisches Oberappellationsgericht zu Kiel, den 22. März 1851.

Criminalfall.

Betrug.

Der Photograph Johann Gottlieb Theodor Fuhrmann in Altona hat vor mehreren Jahren einen Scheidungsproceß gegen seine Ehefrau eingeleitet, der mit der Trennung der Ehe endete. Das Erkenntniß war seiner in Amerika lebenden Frau nicht mitgetheilt worden, auch scheint er sich um Auslieferung eines Extracts nicht bekümmert zu haben. Seine Frau hatte sich daher an eine Ehefrau Bockries, die Tochter des Particuliers Schmidt, der mit einer Schwester der geschiedenen Ehefrau Fuhrmann verheirathet ist, schriftlich mit der Bitte gewandt, daß sie ihr den Scheidebrief verschaffen möge; sie wolle gerne ein paar 100 ℔ dafür ausgeben. Die Ehefrau Bockries sagte dies dem Photographen Fuhrmann, welcher darauf bemerkte, daß er 150 ℔ haben müsse, um den Scheidebrief auszulösen. Beide sowohl die Ehefrau Bockries als ihr Vater, der Particulier Schmidt, haben in der Meinung, daß die Sache nicht anders zu Ende gebracht werden könne und daß Fuhrmann einem Advocaten die 150 ℔ schulde, ihm dieselben für den Fall offerirt, daß er ihnen den Scheidebrief bringe, und es ist ihnen nicht eingefallen, daß eine Abschrift desselben auf dem Stadtsecretariat für 1 ℔ ausgelöst werden konnte. Sonst hätten sie, wie die Ehefrau Bockries bemerkt, ihm vielleicht für das Besorgen des Scheidebriefs etwas gegeben, aber keineswegs die 150 ℔, welche er haben zu müssen erklärte, um die Sache zu Ende zu bringen. — Als nach einigen Tagen Fuhrmann dem Schwiegersohn Schmidt's die Abschrift des Scheidungserkenntnisses brachte, gab Bockries ihm die 150 ℔ und, da Fuhrmann darauf äußerte, daß er diese ja alle wieder ausgeben müsse und gar nichts für seine Bemühungen habe, wurden ihm von Bockries hierfür noch 30 ℔ verabreicht.

Fuhrmann mag anfangs der Ansicht gewesen sein, daß die Auslösung des Scheidebriefs mit einigen Kosten von Erheblichkeit verbunden sein werde. Denn er wandte sich zu dem Behuf an den Advocaten Alexander Schmidt, der für ihn den Scheidungsproceß geführt hatte, mit dem Bemerken: seine geschiedene Frau lebe zur Zeit in Amerika und wolle sich wieder verheirathen; deshalb habe sie dem Particulier Schmidt, ihrem Verwandten, geschrieben; dieser, der von ihr 150 ℔ Cour. bekommen, werde in den nächsten Tagen zum Advocaten Schmidt kommen und ihm die damals erwachsenen Proceßkosten gegen Behändigung des Scheidungserkenntnisses bezahlen, nun meine aber er, Fuhrmann, der Advocat Schmidt solle Eines für Alles 75 ℔ nehmen, dann könne Fuhrmann die andern 75 ℔ erhalten. Der Advocat Schmidt antwortete ihm, daß er

Digitized by Google

sich die Sache ansehen werde; das Erkenntniß werde sich jedenfalls herbeischaffen lassen. Fuhrmann will darauf von einem Advocatenschreiber erfahren haben, daß man ihm auf dem Stadtsecretariate eine Abschrift für eine kleine Gebühr aushändigen werde, hat dann dasselbe für 1 ℔ Cour. ausgelöst und sich schließlich von den Eheleuten Bockries die 150 ℔ und 30 ℔ geben lassen.

Nach deshalb geführter Untersuchung ist er mit Rücksicht darauf, daß er nach seinem eigenen Geständnisse und den Aussagen der vernommenen Zeugen den Irrthum des Particuliers Schmidt und dessen Schwiegersohns, daß sie das von ihnen gewünschte Ehescheidungserkenntniß nur gegen Bezahlung der von Fuhrmann seinem Advocaten annoch geschuldeten 150 ℔ betragenden Deserviten erhalten könnten, dazu benutzt hat, um jene dazu zu bewegen, ihm für eine auf dem Stadtsecretariat gegen eine Gebühr von 1 ℔ entnommene Abschrift des Erkenntnisses diese 150 ℔, sowie außerdem 30 ℔ zu bezahlen, durch Erkenntniß des Altonaer Magistrats vom 30. Juni d. J. wegen Betrugs in eine 2 mal 5 tägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod verurtheilt.

Gegen dieses Erkenntniß hat er an das Holsteinische Obercriminalgericht supplicirt und um Aufhebung desselben gebeten. Es ist ihm aber hierauf der nachstehende abschlägige Bescheid zu Theil geworden:

Auf die mittelst Berichts des Altonaer Magistrats sub praes. den 12. August d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsvorstellung und Bitte des durch Erkenntniß des gedachten Magistrats vom 30. Juni d. J. wegen Betrugs zu einer 2 mal 5 tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod verurtheilten Photographen Johann Gottlieb Theodor Fuhrmann in Altona um Cassation der geführten Untersuchung, event. Freisprechung des Supplicanten, wird unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses, so wie

in Erwägung, daß die gegen die Rechtsbeständigkeit der geführten Untersuchung aufgestellte Behauptung, daß eine Untersuchung wegen Betrugs nur auf den Antrag des Beschädigten eingeleitet werden dürfe und die geführte Untersuchung deshalb nichtig sei, weil ein solcher Antrag nicht vorliege, jeder gesetzlichen Begründung entbehrt;

in Erwägung, daß auch das in der Supplicationsschrift ferner geltend gemachte Moment, daß es der dem Supplicanten zur Last gelegten Handlungsweise an den wesentlichen Requisiten des Verbrechens des criminellen Betruges fehle, indem Dritte dadurch nicht benachtheiligt wären, ein Recht derselben auf Wahrheit nicht verletzt, auch die Freiheit ihres Willens, Schaden von sich abzuwenden, ihnen nicht genommen und nur ein fremder Irrthum benutzt worden sei, ein Betrug aber durch bloße Benutzung eines solchen Irrthums nicht begangen werden könne, sich gleichfalls zur Berücksichtigung nicht eignet;

in Erwägung nämlich, daß es klar am Tage liegt, daß die geschiedene Ehefrau des Supplicanten und in Uebereinstimmung mit derselben die Familie des Particuliers Schmidt, an welche Erstere sich wegen Erlangung des Ehescheidungserkenntnisses gewandt hatte, die dafür offerirte Summe nur unter der Voraussetzung hat hergeben wollen, daß die Erlangung desselben mit damit in Verhältniß stehenden Kosten verbunden sein würde, und daß sie daher, da dem Supplicanten die 180 ℔ in der Voraussetzung gezahlt sind, daß die Einlösung des Ehescheidungserkenntnisses mit beträchtlichen Kosten verbunden gewesen ist, während er dafür nur 1 ℔ berichtigt hat, um eine nicht unerhebliche Summe benachtheiligt worden sind;

in Erwägung, daß es ferner nach den ermittelten Umständen keinem Zweifel unterliegt, daß der Supplicant, der von der Schmidtschen Familie damit betraut worden war, das fragliche Erkenntniß ihnen zu verschaffen, das zwischen ihnen dadurch angeknüpfte Vertrauensverhältniß und das den Auftraggebern dadurch erwachsene Recht auf Wahrheit in gröblicher Weise dadurch verletzt hat, daß er sie durch die Vorspiegelung, 150 ℔ für die Beibringung dieses für 1 ℔ eingelösten Erkenntnisses verausgabt zu haben, verleitet hat, ihm außer dieser Summe noch 30 ℔ für seine Bemühungen zu geben, eine derartige Verleitung durch falsche Vorspiegelungen, deren Unwahrheit anzunehmen kein Grund vorlag, aber diejenige Beeinträchtigung der Freiheit des Willens der dadurch Benachtheiligten involvirt, welche für die Characterisirung der Thathandlung des criminellen Betruges ausreichend ist;

Digitized by Google

in Erwägung, daß endlich Supplicant den bereits vorhandenen Irrthum seiner Auftraggeber durch positive Handlungen insofern bestätigt und unterhalten hat, als ihnen gegegenüber von ihm behauptet worden, daß er für die Herbeischaffung des Ehescheidungserkenntnisses 150 ℔ ausgegeben und mithin das wider ihn abgegebene Straferkenntniß als völlig gerechtfertigt erscheint,

dem Supplicanten von Obercriminalgerichtswegen hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kosten der Defensionsschrift werden hiedurch auf 31 ℔ bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 19. August 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Provocation zur Klage. — Zulässigkeit derselben bei Behauptung dinglicher Rechte. Subsidiarität derselben.

In Sachen der Kirchenjuraten des Kirchspiels Tinglef, Hans Hansen Weibeck in Eggebeck und Thomas Petersen in Tinglef, Provocaten, jetzt Supplicanten,

wider

die Stoltelunder Parcelisten Jens Christian Jessen, Lorenz Peter Thullesen, Inspector Thullesen, Peter Damm und Thomas Thomsen auf Stoltelundfeld,

hauptsächlich die Concurrenz zu den Kirchspielslasten, dann Provocation, jetzt die Supplication gegen den Bescheid der Schlux-Hardesvogtei vom 14. Januar d. J. betreffend,

ergeben die Acten:

Nachdem die Kirchenjuraten des Kirchspiels Tinglef bei dem Kirchenvisitatorium der Propstei Tondern einen Bescheid gegen die zu Tinglef eingepfarrten Stoltelunder Parcelisten erwirkt hatten, wodurch die Letzteren schuldig erkannt waren, zu den Kirchspielslasten des Kirchspiels Tinglef beizutragen, und nachdem darauf das Schleswigsche Ministerium auf eingelegten Recurs der Stoltelunder Parcelisten unterm 29. April 1863 denselben eröffnet hatte, daß es ihnen überlassen werde, die Frage, ob sie schuldig seien, zu den gedachten Lasten beizutragen, zur Entscheidung der Gerichte zu bringen, haben die Stoltelunder Parcelisten durch eine bei der Schlux-Hardesvogtei eingereichte Vorstellung die Kirchenjuraten des Kirchspiels Tinglef zur Anstellung einer Klage provocirt.

Durch ein Decret der Schlux-Hardesvogtei vom 3. October 1863 ist darauf den Provocaten befohlen, binnen 6 Wochen ab insin. die von ihnen behaupteten Ansprüche gegen die Provocanten wegen ihrer Theilnahme an den Tinglefer Kirchspielslasten geltend zu machen, sofern sie es nicht vorziehen würden, die Sache fallen zu lassen und die Kosten zu bezahlen.

Die Provocaten haben hiergegen remonstrirt, indem sie sich theils darauf berufen haben, daß die provocatio ad agendum im Allgemeinen nicht bei dinglichen Ansprüchen, sondern nur bei persönlichen Ansprüchen zulässig sei, weil hier der angeblich Verpflichtete keinen anderen Schutz habe, theils darauf, daß die beikommende Administrativbehörde bereits zu ihren Gunsten entschieden habe.

Nach eingezogener Replik hat die Schlux-Hardesvogtei unterm 14. Januar d. J. den Beicheid ertheilt*):

---

*) Die Entscheidungsgründe des in der dänischen Gerichtssprache abgegebenen Bescheids lauten auf deutsch übersetzt:

in Erwägung, daß, nachdem die jetzigen Provocaten bei dem Königlichen Tondernschen Kirchenvisitatorium einen Bescheid erwirkt hatten, durch welchen die jetzigen Provocanten zur Concurrenz an den Kirchspielslasten des Kirchspiels Tinglef schuldig gesprochen wurden und auf die von diesen (den Provocanten) wider solchen Bescheid an das Königliche Ministerium für das Herzogthum Schleswig gerichtete Supplik oder Vorstellung von daher rescribirt worden war, daß es ihnen überlassen bleibe, die Frage nach ihrer Beitragspflichtigkeit zu den gedachten Lasten zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, die gegenwärtige Provocationsklage hier angestellt worden ist, und die mittelst derselben belangten Provocaten gegen das abgegebene Provocationsmandat vom 30. October 1863 eingewendet haben, daß die erhobene Provocation unzulässig sei, weil es sich bei

Digitized by Google

daß das Provocationsmandat vom 3. October 1863 dahin in Kraft gesetzt werde, daß die Provocaten schuldig seien, binnen 4 Wochen ab insin. demselben zu geleben, bei Strafe des beständigen Stillschweigens und des Verlustes ihrer Ansprüche, sowie daß dieselben schuldig seien, die sämmtlichen durch die Provocation und die letzte Erklärung veranlaßten Kosten mit 16 ℳ 12 ß zu erstatten.

Gegen diesen Bescheid haben die Provocaten anhero supplicirt und sich darüber beschwert:

1) daß das Provocationsmandat nicht aufgehoben sei, unter Verurtheilung der Provocanten zur Erstattung der Kosten,
2) eventuell, daß ihnen (den Provocaten) nur eine vierwöchige Frist zur Anstellung der Klage gegeben und daß sie zur Erstattung sämmtlicher Kosten verurtheilt seien.

Es frägt sich demnach, ob das von der Schlur-Hardesvogtei abgegebene Provocationsmandat als gerechtfertigt angesehen werden kann.

In Erwägung nun,

1) daß die Provocation zur Anstellung einer Klage zwar nicht in allen Fällen ausgeschlossen ist, wo es sich um dingliche oder diesen verwandte Ansprüche handelt, indem das practische Bedürfniß zur Gestattung der Provocation unter Umständen auch da, wo Jemand einem Anderen gegenüber eines dinglichen Anspruches sich berühmt, vorhanden sein kann; daß jedoch die Provocation, da sie eine Ausnahme von der Regel bildet, daß die Klagerhebung dem freien Entschlusse des Berechtigten überlassen ist, falls nicht ein weiter gehender entschiedener Gerichtsgebrauch sich nachweisen läßt, nur insoweit zugelassen werden kann, als ein practisches Bedürfniß zur Gestattung derselben vorhanden ist;

2) daß, wenn auch die Provocation zur Anstellung einer Klage neuerdings in einzelnen Fällen in einem weiteren Umfange zugelassen ist, doch eine entschiedene desfällige Praxis für das Herzogthum Schleswig um so weniger behauptet werden kann, als in anderen Fällen in der entgegengesetzten Weise entschieden worden ist; daß demnach die Provocation nur in denjenigen Fällen als zulässig erachtet werden kann, wo es dem Provocanten an einer Klage fehlt, um die obschwebende Streitfrage zur Erledigung zu bringen oder wo es wenigstens als zweifelhaft erscheint, ob demselben eine Klage zusteht;

3) daß, was den vorliegenden Fall betrifft, die Provocanten unzweifelhaft eine Klage auf Bewirkung der von ihnen in Ansehung der Kirchspielslasten behaupteten Immunität erheben können, mithin ein völlig ausreichendes Mittel haben, um die zwischen ihnen und den Provocaten obwaltende Differenz zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen;

4) daß also dem vorher Ausgeführten zufolge die Provocation sich als ungerechtfertigt darstellt, wogegen der Umstand, daß die Schleswigsche Praxis in der fraglichen Beziehung in neuerer Zeit schwankend gewesen ist, für eine Vergleichung der Kosten spricht,

wird auf die unterm 27. Februar d. J. eingereichte Supplicationsschrift, nach eingezogener Gegenerklärung und bei Retradirung der Originalanlagen der Supplicationsschrift, der Bescheid ertheilt:

daß das von der Schlur-Hardesvogtei unterm 3. October 1863 abgegebene und unterm 14. Januar d. J. wieder in Kraft gesetzte Provocationsmandat aufzuheben sei. Unter Vergleichung der Kosten dieser und der vorigen Instanz.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 11. Juni 1864.

---

derselben um dingliche Gerechtsame handle, diese aber nicht zum Gegenstand einer eigenen rechtlichen Provocation gemacht werden könnten, vielmehr diejenigen, welche ihre Freiheit von derartigen Verbindlichkeiten zur rechtlichen Anerkennung bringen wollten, zu diesem Ende eine selbstständige Negatorienklage anstellen müßten, und

in Erwägung, daß die unter den Parteien bestrittenen Rechte und resp. Verbindlichkeiten nicht ausschließlich dinglicher Natur sind, indem sie Leistungen zum Gegenstand haben, welche wenigstens theilweise ihrer Beschaffenheit nach zugleich als persönliche und reale Lasten angesehen werden können, sowie daß überhaupt die Seitens der höchsten Regierungsbehörden des Landes erfolgte Verweisung sonst nicht auf den Weg Rechtens gehöriger Streitigkeiten zur gerichtlichen Entscheidung zur Folge haben muß, daß dieselben in Gemäßheit der für andere Civilrechtsstreitigkeiten geltenden gewöhnlichen processualischen Vorschriften verhandelt werden.

Digitized by Google

Polizeistrafsache.

Incendium ohne Gemeingefährlichkeit.

In Untersuchungssachen wider den Inculpaten Carl Friedrich Gottlieb Knesebeck aus Schleswig,

wegen Bettelei, Vagabondirens und Sachbeschädigung,

nachdem der Inculpat gegen das Erkenntniß des Eiderstedter Criminalgerichts vom 19. März 1864, mittelst dessen derselbe zu einjähriger Zuchthausstrafe und zur Erstattung der Kosten verurtheilt worden, supplicirt hat,

wird,

in Erwägung, daß der Inculpat nach seinem durch die anderweitig ermittelten Umstände bestätigten Geständniß eine sogenannte Heuklote angezündet hat, welche 2 bis 3 Fuder zum Theil schimmeligen Heu's enthielt und 12 Ruthen von den nächsten Wohnhäusern in Coldenbüttel entfernt lag, von welchen der Wind zur Zeit der That abwärts stand, daß der Eigenthümer des Heu's selbiges für 20 ℛ R.-M. gekauft, aber mit Rücksicht auf die seit dem Ankauf eingetretenen günstigen Conjuncturen dessen Werth zu 40 ℛ R.-M. geschätzt hat, daß sämmtliches Heu, in so weit es nicht verbrannt, dennoch in Folge des Löschens werthlos geworden, und daß der Inculpat das Heu nur deshalb angezündet hat, um dadurch seine Verhaftung zu bewirken;

in Erwägung ferner, daß dem Obigen nach die Anzündung des Heu's keine Gefahr für Personen oder Eigenthum Anderer zur Folge hatte und daß deshalb die That des Inculpaten nicht als Brandstiftung, sondern als Sachenbeschädigung zu beurtheilen ist, für welches Vergehen allen hier obwaltenden Umständen nach eine sechsmal fünftägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod angemessen ist;

in Erwägung endlich, daß der Inculpat, nachdem er aus der Arbeitsanstalt in Schleswig entlassen worden, von dort nach Coldenbüttel gegangen ist und zufolge seines bei seiner Lage glaubhaften Geständnisses unterwegs gebettelt hat, daß aber hierin, obgleich Inculpat wiederholt wegen Bettelns und Vagabondirens bestraft worden ist, den Umständen nach keine Veranlassung zur Erhöhung des Strafmaaßes bis zur Zuchthausstrafe gefunden werden kann,

unter Abänderung des untergerichtlichen Erkenntnisses, der Inculpat Carl Friedrich Gottlieb Knesebeck aus Schleswig wegen Sachenbeschädigung und Bettelns in eine sechsmal fünftägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod, imgleichen zur Erstattung der Untersuchungskosten, sobald er des Vermögens, verurtheilt.

Die Kosten der Supplicationsschrift s. w. d. a. werden zu 30 ℛ Cour. bestimmt.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 30. April 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

41. Stück. — Den 10. October 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Beweisführung über die bei einem Rechtsgeschäft vorhanden gewesene Willensfähigkeit eines Betheiligten.

In Sachen des Advocaten Weber in Kiel, als gerichtlich bestellten Güterpflegers über den Nachlaß des zu Ehlersdorf verstorbenen Altentheilers Adolph Bendix Tank, Justificaten, dann Producten und Reproducenten, jetzt Supplicanten,

gegen

den Hufenpächter Jürgen Holst in Ehlersdorf, Justificanten, dann Producenten und Reproducten, jetzt Supplicaten,

betreffend specielle Justification der sub passu 14 zum Tankschen Proclam profitirten Schenkung von 464 ℔ 19 ß R.-M., dann Beweis, jetzt Supplication gegen das Erkenntniß des Justitiariats des adl. Guts Cluvensiek vom 17. Januar v. J.,

ergeben die Acten:

Der Justificant, jetzt Supplicat, hat gegen die Erbmasse des zu Ehlersdorf verstorbenen Altentheilers Tank bei dem Cluvensieker Justitiariat einen Anspruch auf Auszahlung einer von dem Erblasser ihm angeblich geschenkten Summe von 464 ℔ 19 ß erhoben. Der beklagte Massecurator hat zunächst die behauptete Schenkung in Abrede gestellt, event. sich darauf berufen, daß der Altentheiler Tank zu der fraglichen Zeit nicht dispositionsfähig und daß er an der Verfügung über ein angeblich einen Theil der Schenkung bildendes Capital durch ein früher mit seiner Ehefrau errichtetes Testament behindert gewesen sei, und es ist darauf von dem Justitiariat am 20. Juni 1861 auferlegt worden zu beweisen:

1) dem Justificanten:
daß der verstorbene Adolph Bendix Tank seinen Willen, dem Justificanten sein vorhandenes baares Geld schenken zu wollen, bestimmt und deutlich ausgesprochen oder auf andere unzweifelhafte Weise an den Tag gelegt,

2) für den Fall der Erbringung dieses Beweises dem Justificaten:
entweder: daß der verstorbene Adolph Bendix Tank zur Zeit der Vollziehung der Schenkung sich in einem Zustand der Willensunfähigkeit oder Handlungsunfähigkeit befunden habe,

oder: daß diejenigen in den libellirten 464 ℔ 19 ß mit enthaltenen 320 ℔ R.-M., welche aus einem kurz vor der Schenkung einbezahlten Capital bestanden haben, zu denjenigen Nachlaßcapitalien gehören, welche zur Zeit der Errichtung des gegenseitigen Testaments des Adolph Bendix Tank und seiner verstorbenen Ehefrau belegt waren.

Der Justificant hat den ihm auferlegten Beweis durch Denominirung dreier Zeugen:

1) seiner Ehefrau Margaretha Dorothea Holst,
2) des Hufners Baasch und
3) des Tagelöhners Saß,

sämmtlich in Ehlersdorf, event. durch Deferirung des Schiedeseides, der Justificat einen directen Gegenbeweis dagegen durch Denominirung derselben drei und noch acht anderer Zeugen angetreten.

Für den von ihm zu erbringenden Exceptionalbeweis hat der Justificat hinsichtlich der ersten Alternative sich auf das Zeugniß seiner oben erwähnten Ge-

Digitized by Google

genbeweiszeugen berufen, event. den Schiedseid deferirt, wogegen wiederum der Justificant einen Gegenbeweis durch zwei Zeugen zu führen gesucht hat. Den in der zweiten Alternative ihm auferlegten Beweis hat der Justificat durch Producirung des Originals des zwischen dem Altentheiler Tank und dessen vorverstorbenen Ehefrau seiner Zeit errichteten Testaments, sowie der von ihm, dem Justificaten, eingereichten Exceptionalien, event. durch Deferirung des Schiedseides, angetreten. Dabei ist von ihm bemerkt worden: daß das Justitiariat zwar in seinen Entscheidungsgründen ausgesprochen habe, daß Justificat auch zu beweisen haben werde, daß das von ihm in seinen Exceptionalien gegebene Referat des in Betracht kommenden Passus des Testaments mit dem § 3 desselben übereinstimme oder zum Mindesten, daß im § 3 jenes Testamentes dem überlebenden Ehegatten ausdrücklich untersagt sei, von den belegten Nachlaßcapitalien aufzunehmen oder zu gebrauchen, noch weniger diese zu veräußern oder zu vermindern; daß es aber den hienach erforderlichen Beweis nicht in das Beweisinterlocut aufgenommen habe, Justificat es jedoch zur Vermeidung eines Incidentstreites und in Uebereinstimmung mit dem Gegner für richtig halte, auch den eben erwähnten Beweis durch das Testament und seine Exceptionalien anzutreten.

Nachdem sämmtliche Zeugen mit Ausnahme des inzwischen verstorbenen testis 8 des Justificaten und des testis 3 des Justificanten, auf dessen Abhörung von diesem verzichtet, vernommen worden, hat das Justitiariat unterm 27. Januar v. J. dem Justificanten die Leistung eines Erfüllungseides über das ihm zum Beweis gestellte Thema zuerkannnt und dabei ausgesprochen, daß nach Leistung dieses Eides der ihm auferlegte Beweis für geführt werde erkannt und die Verurtheilung des Gegners unter Vergleichung der Proceßkosten erfolgen werde, es sei denn, daß dieser den durch das Interlocut ihm freigelassenen Beweis, insoweit derselbe nicht bereits aberkannt worden, erbringen würde, daß dagegen in Entstehung des Eides der Justificant mit seinem erhobenen Anspruch unter Verurtheilung in die Proceßkosten werde abgewiesen werden*).

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß durch Interlocut vom 20. Juni 1861 den Parteien zu beweisen auferlegt worden:

A. dem Justificanten,

daß der verstorbene Adolph Bendix Tank seinen Willen, dem Justificanten sein vorhandenes baares Geld schenken zu wollen, bestimmt und deutlich ausgesprochen oder auf andere unzweifelhafte Weise an den Tag gelegt;

event. im Falle des erbrachten Beweises sub A:

B. dem Justificaten:

entweder, daß der verstorbene A. B. Tank zur Zeit der Vollziehung der Schenkung sich in einem Zustande der Willensunfähigkeit oder Handlungsunfähigkeit befunden, oder daß diejenigen in den libellirten 464 ℔ 19 ß R.-M. mitenthaltenen 320 ℔ R.-M., welche aus einem kurz vor der Schenkung einbezahlten Capital bestanden haben, zu denjenigen Nachlaßcapitalien gehört, welche zur Zeit der Errichtung des gegenseitigen Testaments des Adolph Bendix Tank und seiner vorverstorbenen Ehefrau belegt waren;

in Erwägung — ad A des Interlocuts —

1) daß die vom Justificanten producirten Beweiszeugen I und II übereinstimmend aussagen, daß am Abend des 16. Januar 1860, als des Tages der vom Justificanten behaupteten Schenkung qu., der im Bette liegende Adolph Bendix Tank zu dem an sein Bett tretenden Justificanten deutlich und vernehmlich gesagt hat:

„Jürgen, das Geld, was ich noch zu Hause habe, sollst du haben; deine Frau hat es auch schon aus der Chatoulle genommen",

sowie daß Justificant hierauf mit den Worten:

„das ist dankenswerth",

die Hand des gedachten Tank erfaßte, daß diese Thatsachen aber sowohl den Willen des Letzteren, dem Justificanten sein vorhandenes baares Geld schenken zu wollen, als auch die ausdrückliche Erklärung seines Willens außer Zweifel zu stellen geeignet sind;

2) daß von den gedachten beiden Zeugen test. II, der Hufenpächter L. Baasch, als classisch zu betrachten, test. I dagegen als Ehefrau des Justificanten allerdings im hohen Grade verdächtig, ihre Aussage aber, da sie mit derjenigen des test. II im Wesentlichen übereinstimmt, und da die Deponentin auch vom Gegner zur Führung des Gegenbeweises producirt worden, nicht schlechthin als werthlos erscheint, son-

Gegen dies Erkenntniß hat der Justificat in Gemäßheit desfälliger Parteiconventien das Rechtsmittel der Supplication an das Holsteinische Landgericht ein-

Digitized by Google

gewandt und bei Prosequirung desselben seine Beschwerden darin gesetzt:

daß A. hinsichtlich des dem Justificanten auferlegten Beweises erkannt wie geschehen und nicht vielmehr

1) die von dem Justificanten versuchte Beweisführung für vollkommen verfehlt, der demselben durch das Erkenntniß vom 20. Juni 1861 auferlegte Beweis für nicht geführt erachtet und derselbe deshalb mit seiner

---

dern als die Aussage des test. II unterstützend zu berücksichtigen ist;

3) daß von den zur Führung des directen Gegenbeweises vom Justificaten producirten Zeugen keiner die Unwahrheit der dem Justificanten zum Beweise verstellten Thatsache qu. oder Umstände bezeugt, welche einen Schluß auf die Unwahrheit dieser Thatsache rechtfertigen, indem unbestritten bei der oberwähnten Erklärung des A. B. Tank nur der Justificant und seine Frau, sowie der Zeuge Baasch gegenwärtig waren, während die andern über den körperlichen und geistigen Zustand des Tank vernommenen Zeugen sich theils zu einer früheren, theils zu einer späteren Zeit, als der hier zunächst in Betracht kommenden, bei Tank aufgehalten haben, daß mithin der versuchte Gegenbeweis qu. als mißlungen, der dem Justificanten auferlegte Hauptbeweis aber dem Obigen nach als mehr als zur Hälfte erbracht und demnach die Auflage eines Erfüllungseides hier als gerechtfertigt erscheint;

in Erwägung — ad B des Interlocuts —

1) daß Justificat den Beweis der ersten Alternative des ihm event. freigelassenen Gegenbeweises,

> daß der verstorbene A. B. Tank zur Zeit der Vollziehung der Schenkung sich in einem Zustande der Willensunfähigkeit oder Handlungsunfähigkeit befunden",

durch Producirung von Zeugen, event. durch Deferirung des Schiedseides zu führen versucht hat, daß aber ein solcher Zustand, wie der hier fragliche, in zweifelhaften Fällen nicht durch bloße Zeugenaussagen constatirt werden kann, sondern daß es hierzu einer sachkundigen Schlußfolgerung von dem körperlichen Zustande des Betreffenden auf die geistigen Kräfte desselben bedarf und dies im vorliegenden Falle um so mehr, als von den vom Justificaten für die behauptete Willens- oder Handlungsunfähigkeit des A. B. Tank producirten, ihrer ganzen Stellung und Bildungsstufe nach in der hier fraglichen Beziehung als zugleich sachkundig keineswegs anzusehenden Zeugen außer dem das Gegentheil bezeugenden L. Baasch und der Ehefrau des Justificanten, wie schon bemerkt, Keiner zur Zeit der behaupteten Vollziehung der Schenkung qu. in dem Zimmer, wo Tank im Bette lag, zugegen gewesen ist, daß also die von einzelnen Zeugen — test. III und IV — beschafften Aussagen über den körperlichen und geistinigen Zustand desselben nicht einmal den hier zunächst in Betracht kommenden Zeitpunkt der qu. Schenkung betreffen; daß mithin, ganz abgesehn von dem etwanigen Werth, welchen jene Aussagen für eine sachkundige Beurtheilung hätten haben können, eben der Mangel der letzteren ihnen von vornherein alle Beweiskraft raubt, der hier versuchte Beweis also schon wegen Unzulänglichkeit des principaliter zur Hand genommenen Beweismittels als verfehlt betrachtet werden muß;

2) daß der event. vom Justificaten deferirte Schiedseid nicht, wie vom Justificanten behauptet worden, durch Constatirung des Gegentheils seines Beweisthema's unzulässig geworden, indem hinsichtlich des vom Justificanten versuchten Gegenbeweises der Willensfähigkeit und Handlungsfähigkeit des A. B. Tank zur Zeit der Vollendung der Schenkung durch Producirung zweier ebensowenig sachkundiger und bei dem eigentlichen Schenkungsact auch nicht gegenwärtig gewesener Zeugen dieselben Erwägungen Platz greifen, welche dem Obigen nach der Führung des Zeugenbeweises hier überhaupt entgegenstehen, daß mithin auf den event. vom Justificanten bereits aeceptirten Schiedseid über das vorliegende Beweisthema zu recurriren ist;

3) daß Justificat den Beweis der zweiten Alternative des ihm event. freigelassenen Gegenbeweises:

> daß diejenigen in den libellirten 464 ℔ 19 ß R.-M. mitenthaltenen 320 ℔ R.-M., welche aus einem kurz vor der Schenkung einbezahlten Capital bestanden haben, zu denjenigen Nachlaßcapitalien gehören, welche z. B. der Errichtung des gegenseitigen Testaments des Adolph Bendix Tank und seiner vorverstorbenen Ehefrau belegt waren,

durch Producirung des gedachten Testaments, event. durch Deferirung des Schiedseides zu führen versucht hat, daß dann allerdings im Productionstermin nicht allein die Echtheit des Testaments vom Justificanten anerkannt, sondern auch durch den Inhalt desselben unbestritten constatirt worden, daß im § 3 des Testaments dem überlebenden Ehegatten die Veräußerung oder Verminderung bereits belegter Nachlaßcapitalien bestimmt untersagt ist, daß aber hieraus in Ermangelung jeder Auskunft über die

Digitized by Google

Klage und Justification gänzlich abgewiesen, auch schuldig erkannt worden, seine sub passu 14 zum Tank'schen Proclam beschaffte Angabe pure deliren zu lassen und dem Justificanten die angeursachten Proceßkosten zu erstatten,

2) eventuell dem Justificaten die Ableistung eines Reinigungseides auferlegt worden;

B. hinsichtlich des Beweises der ersten Alternative des dem Justificaten eventuell freigelassenen Gegenbeweises erkannt wie geschehen und nicht vielmehr

1) diejenigen hier in Betracht kommenden Thatsachen durch den geführten Zeugenbeweis insoweit für erwiesen erachtet worden, daß der Justificat in qual. qua, eventuell die legitimirten Erben des verstorbenen Altentheilers Adolph Bendix Tank, noch durch einen Erfüllungseid ihren Glauben,

„der verstorbene Adolph Bendix Tank habe zur Zeit der Vollziehung der angeblichen Schenkung sich in einem Zustande entweder der Willensunfähigkeit oder Handlungsunfähigkeit befunden, erhärten müßten,"

2) eventuell dem Justificanten der Reinigungseid auferlegt ist;

C. der dem Justificaten zuerkannte im Erkenntniß vom 20. Juni 1861 durch einen Redactionsfehler ausgelassene Beweis nur in den Entscheidungsgründen und nicht nach dem Urtheil für vollständig geführt erachtet worden.

Nach eingezogener Erklärung des Supplicaten steht zur Frage, ob diese Beschwerden gegründet sind.

In Erwägung nun, was zunächst den Hauptbeweis betrifft, daß die beiden vom Justificanten producirten Zeugen übereinstimmend aussagen: daß am 16. Januar 1860 Abends der im Bette liegende Altentheiler Tank zu dem an sein Bett tretenden Justificanten deutlich und vernehmlich gesagt hat:

„Jürgen, das Geld, was ich noch zu Hause habe, sollst du haben, deine Frau hat es auch schon aus der Chatoulle genommen",

und daß der Justificant hierauf mit den Worten:

„das ist dankenswerth",

die Hand des Altentheilers erfaßt hat;

in Erwägung, daß, da die Parteien darüber einverstanden sind, daß das Geld, welches der Altentheiler damals besessen, eben die eingeklagte Summe gewesen ist, diese Aussagen das Beweisthema erschöpfen, es auch nicht weiter, wie Supplicant will, auf die Darlegung der vorangegangenen Hergänge ankommen kann, da jedenfalls in der von den Zeugen referirten Verhandlung zwischen dem Altentheiler Tank und dem Justificanten die in Rede stehende Schenkung ihren Abschluß gefunden hat;

in Erwägung, daß von diesen Zeugen der zweite, der Hufenpächter Baasch, ein classischer Zeuge ist, dagegen das Zeugniß der Ehefrau des Justificanten wegen ihres mittelbaren Interesses an dem Ausfall des Rechtsstreits und ihres nahen persönlichen Verhältnisses zu dem Beweisführer als sehr verdächtig erscheint, daß aber auf die Verdächtigkeit dieses Zeugnisses nichts ankommt, da schon die vorliegende Aussage des einen classischen Zeugen die Erkennung des Erfüllungseides rechtfertigen würde;

in Erwägung, daß der vom Justificaten versuchte Gegenbeweis mißlungen ist, da unter den Parteien kein Zweifel darüber besteht, daß außer den beiden vom Justificanten denominirten Zeugen Niemand bei dem Acte der Schenkung zugegen gewesen ist, daraus aber, daß einige der Gegenbeweiszeugen kurz darauf den Altentheiler Tank in einem Zustand großer Schwäche gesehen haben, nicht darauf geschlossen werden kann, daß er vorher nicht sollte im Stande gewesen sein, die wenigen für die Vollziehung der Schenkung nöthigen Worte zu sprechen,

weshalb denn dem Supplicaten mit Recht ein Erfüllungseid zuerkannt worden ist, und die gegen diesen Theil des Erkenntnisses gerichteten Beschwerden des Supplicanten als grundlos erscheinen;

in Erwägung sodann, was die unter Litt. B erhobenen Beschwerden betrifft, daß das Object der ersten Alternative des Exceptionalbeweises, die Handlungs- und Willensfähigkeit des Altentheilers Tank bei der Vornahme der Schenkung, eine Sache ist, welche der

---

Anzahl und Beschaffenheit solcher Capitalien und den Zeitpunkt ihrer Belegung für das hier in Rede stehende Beweisthema nichts hervorgeht, der solchergestalt principaliter versuchte Beweis daher als mißlungen anzusehen und demzufolge auf den in eventum deferirten vom Justificanten gleichfalls acceptirten Schiedseid über den vorliegenden Beweissatz zu recurriren ist.

Digitized by Google

sachverständigen Beurtheilung unterliegt, daher nur durch Sachverständige, nicht durch bloße Zeugen constatirt werden kann;

in Erwägung, daß demzufolge, wenn der Supplicant die Aussagen der von ihm beigebrachten Zeugen, welche meistens der ungebildeten Classe angehören, zum Theil von Handlungs- und Willensfähigkeit gar nichts wissen, jedenfalls nicht die darauf bezüglichen Beobachtungen anzustellen verstehen und sich in sehr verschiedener Weise geäußert haben, vorlegt und von dem Gerichte verlangt, daß es aus diesen Aeußerungen die Ueberzeugung der mangelnden Handlungs- und Willensfähigkeit des Altentheilers entnehme, eventuell den Parteien einen Eid darüber auferlege, dies Verlangen als ein unberechtigtes erscheint, da nach dem Bemerkten das Gericht so wenig wie die Parteien über die vorliegende Frage zu urtheilen vermag,

so daß auch die auf diesen Punkt bezüglichen Beschwerden des Supplicanten als unbegründet sich darstellen, und

in Erwägung endlich, daß auch die letzte Beschwerde des Supplicanten darüber, daß der Beweis, auf welchen sie sich bezieht, nur in den Entscheidungsgründen und nicht nach dem Urtheil für vollständig geführt erachtet worden, unbegründet ist, da nicht zu ersehen, welches rechtliche Interesse für den Supplicanten, da auch der in den Entscheidungsgründen enthaltene Ausspruch des Gerichts über den Beweis für die Folge maaßgebend ist, dabei obwalten kann, ob von der einen oder andern Stelle des Erkenntnisses über diesen Beweis zu seinen Gunsten erkannt worden ist;

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 7. April v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, dem Supplicaten die mit 29 ℛ 15 ß R.-M. angesetzter Maaßen passirenden Kosten seiner Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 22. Januar 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Gesindesache. — Aus dem Schweigen des Gesindes zu einer ihm gegenüber ausgesprochenen unzeitigen Kündigung steht, selbst wenn demnächst von ihm ohne Widerspruch der verdiente Lohn entgegengenommen und der Dienst verlassen worden ist, eine Einwilligung desselben in die verfrühete Aufhebung des Dienstverhältnisses nicht zu folgen. — Die Anlage besserer Bescheinigung ist nach der Gesindeordnung nicht unstatthaft.

In Sachen des N. D. Clausen in Bredstedt, Beklagten, Supplicanten und Querulanten,

gegen

Jens Christian Jensen in Struckum, in väterlicher Vormundschaft für seine unmündige Tochter Doris M. C. Jensen daselbst, Kläger, Supplicaten und Querulaten,

betreffend die Aufhebung eines Dienstcontracts, jetzt Supplication gegen den Bescheid der Bredstedter Landvogtei vom 6. Mai d. J.,

ergeben die Acten:

Der Beklagte hat die Dienste der unmündigen Tochter des Klägers mit dessen Genehmigung von seiner Ehefrau für den Zeitraum vom 1. Mai 1863 bis dahin 1864 für den bedungenen Lohn von 45 ℛ Cour. gemiethet. Nachdem die Tochter des Klägers am 1. Mai 1863 den Dienst angetreten hatte, hat der Beklagte im Juli-Monat ihr denselben zum 1. November 1863 gekündigt und bei ihrer Entlassung kurz vor dem 1. November ihr einen halben Jahreslohn mit 22 ℛ 2 ß ausbezahlt.

Mit Rücksicht darauf hat der Kläger für seine unmündige Tochter bei der Bredstedter Landvogtei eine Klage angestellt und in seinem schriftlichen Ladungsgesuch mit dem Bemerken, daß seine Tochter die illegale Dienstkündigung unberücksichtigt gelassen habe, und daß der Beklagte am 1. November 1863 das Mädchen in seine Stube gerufen, den Lohn für ein halbes Jahr ihr ausbezahlt und ihres Dienstes sie entlassen habe, für ¼ Jahrs Lohn und Kostgeld à 3 ℛ 12 ß pr. Woche, sammt Kostenerstattung verlangt.

Digitized by Google

Der Beklagte hat in der in termino von ihm eingereichten schriftlichen Vernehmlassung den Abschluß des Dienstcontracts, den Antritt des Dienstes, die Kündigung desselben und die Auszahlung des halbjährlichen Lohnes eingeräumt, dagegen geleugnet, daß die Zahlung des Lohnes am 1. November stattgefunden habe, daß er das Mädchen zu sich in seine Stube gerufen und sie ihres Dienstes eigenmächtig entlassen habe.

Er hat sodann die Klage als unbegründet darzustellen gesucht und zu dem Ende Folgendes angeführt. Es sei ihm bekannt gewesen, daß das Mädchen an der Drüsenkrankheit gelitten habe. Beim Abschluß des Contracts habe er daher die klägerischer Seits zugestandene Bedingung gestellt, daß das Mädchen gesund sein müsse. Bald nach dem Dienstantritt hätten sich aber deutliche Spuren der gedachten Krankheit gezeigt, welche letztere demnächst in einen widerlichen, täglichen Ausfluß der geschwollenen Nase ausgeartet sei. Mit Rücksicht auf die Nichterfüllung jener Bedingung habe der Beklagte dem Mädchen, da es das 18. Lebensjahr überschritten, den Dienst persönlich aufgekündigt, ohne daß Einwendungen von dem Mädchen dagegen erhoben seien. Kurz vor dem 1. November habe Beklagter das Mädchen gefragt, ob es damit einverstanden sei, schon einige Tage vor dem 1. November sein Haus zu räumen. Das Mädchen habe erwidert, dies sei ihr einerlei. Auch müsse das Mädchen seinen Eltern davon Mittheilung gemacht haben; jedenfalls habe der Beklagte, als er 3 oder 4 Tage vor dem 1. Novbr. Abends heimgekehrt sei, die Wahrnehmung gemacht, daß die Commode des Mädchens durch den Bruder desselben bereits abgeholt sei. Das Mädchen habe also mit seinen Habseligkeiten bereits vor dem 1. November das Haus des Beklagten verlassen. Die gedachte Krankheit an der Nase des Mädchens, in Folge davon diese Gesichtstheile geschwollen und von einem stets fließenden, Ekel erregenden Unflath erfüllt gewesen sei, habe inzwischen in einem solchen Grade sich verschlimmert, daß Fremde und Nachbarn es mit Recht auffällig gefunden hätten, daß der Beklagte ein solches Mädchen länger behalten wolle. Das Mädchen sei ihrer Krankheit wegen nicht länger im Stande gewesen, als Küchenmädchen, wozu sie gedungen, zu fungiren, da hiebei die bei ihrem Zustande unmögliche und doch erforderliche Reinlichkeit nicht habe beachtet werden können. Endlich sei das Mädchen zu zweien Malen ohne Wissen und Wollen des Beklagten bis spät in die Nacht ausgeblieben.

Zum Beweise der Krankheit des Mädchens hat der Beklagte 4 Zeugen denominirt und über die übrigen relevanten Exceptionalfacta dem Kläger den Schiedseid deferirt. Schließlich die Einrede der unbegründeten Klage motivirend

1) durch die von dem mehr als 18jährigen Mädchen gebilligte vierteljährige, von den Eltern außerdem indirect genehmigte Kündigung,

2) event. durch die Nichterfüllung der beredeten Bedingung,

3) in omnem eventum durch gesetzliche Entlassungsgründe in Gemäßheit der Gesindeordnung vom 25. Februar 1840, § 26 c und o,

hat der Beklagte um Abweisung der Klage und Verurtheilung des Klägers in die Proceßkosten gebeten.

Im Verhandlungstermin hat der Kläger die beklagtischen Behauptungen, daß seine Tochter an einer ekelerregenden Krankheit gelitten und ohne Erlaubniß des Beklagten dessen Haus verlassen habe, in Abrede gestellt, worauf der Beklagte die Vernehmung der Zeugen, von denen zwei in termino erschienen sind, beantragt hat. Von den Zeugen, denen der Zeugeneid als eine eidesstattliche Versicherung beiden Parteien erlassen ist, hat erste Zeuge, Tischler Rosendahl in Bredstedt, ausgesagt: die Tochter des Klägers sei vom Beklagten, ehe sie den Dienst eines Jahres vollendet, entlassen, weil dieselbe eine schlimme Krankheit in der Nase gehabt habe. Es sei dem Zeugen bekannt, daß das Mädchen eine schlimme Nase gehabt habe, jedoch könne er nicht sagen, an welcher Krankheit das Mädchen gelitten habe. Der zweite Zeuge, Schreiber Johns in Bredstedt, hat Folgendes deponirt: das Mädchen habe an einer schlimmen Krankheit in der Nase gelitten, und diese Krankheit habe den Beklagten zur Dienstentlassung veranlaßt. Die Krankheit sei von der Art gewesen, daß aus der geschwollenen Nase ein unangenehmer Abfluß stattgefunden.

Die Bredstedter Landvogtei hat unterm 6./7. Mai d. J. für Recht erkannt*):

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß der Beklagte als Ursache der außer der Zeit vorgenommenen Dienstentlassung angegeben, daß

Digitized by Google

daß Beklagter schuldig, dem Kläger in qual. qua innerhalb 3 Wochen ab ins. den Betrag eines vierteljährigen Lohnes mit 11 ℛ 4 ß, so wie für die Zeit eines Vierteljahres ein Kostgeld von à Woche 3 ℛ Cour. zu bezahlen, demselben auch, jedoch mit Ausschluß der Advocaturkosten, die angeurfachten Kosten, welche hiermittelst zu 3 ℛ 2 ß bestimmt worden, zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte rechtzeitig anhero supplicirt, und in der unterm 23. Mai d. J. hieselbst eingereichten Supplicationsschrift den Antrag gestellt:

1) den Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen, event. ihn schuldig zu erkennen, noch innerhalb Ordnungsfrist zu beweisen, daß seine Tochter in Gemäßheit der im Juli 1863 zum 1. November stattgehabten Kündigung bis zu dem gesetzten Termin, den 1. November 1863, im Dienst des Beklagten verblieben sei, sowie daß der Beklagte die Tochter des Klägers am 1. November zu sich gerufen und sie an diesem Tage aus dem Dienst gewiesen habe, oder wie sonst der Beweis nach Lage der Acten zu fassen sein möchte,
2) event. daß dem Beklagten der Beweis aufzulegen, daß die Tochter des Klägers die geschehene Kündigung gebilligt habe, oder auch, daß beim Abschluß des Dienstcontracts die Bedingung vereinbart sei, daß das Mädchen gesund sein solle, event. daß das Enderkenntniß von der Ableistung eines Notheides abhängig gemacht werde,
3) in omnem eventum, daß das untergerichtliche Verfahren als nichtig cassirt werde.

Der Beklagte hat diese Anträge näher zu begründen, der Kläger sie in der von ihm eingezogenen Supplicationsgegenerklärung zu bestreiten versucht.

Da Nichtigkeitsgründe aus den Acten nicht ersichtlich sind, so steht zur Frage, ob die angestellte Klage begründet, ob sie durch Einreden elidirt und event. ob eine Beweisauflage, resp. die Auflage eines richterlichen Notheides gerechtfertigt ist.

In Erwägung nun, daß die angestellte Klage begründet und erwiesen ist durch die von dem Kläger aufgestellten und von dem Beklagten zugestandenen Behauptungen, daß der Dienstcontract auf ein ganzes Jahr, vom 1. Mai 1863 bis dahin 1864, für einen Jahreslohn von 45 ℛ abgeschlossen ist, daß der Beklagte der Tochter des Klägers im Juli 1863 den Dienst zum 1. November l. J. gekündigt und sie kurz vor dem 1. November aus seinem Dienst entlassen hat;

in Erwägung, daß die klägerischerseits zugestandene Behauptung des Beklagten, das Mädchen habe die Kündigung stillschweigend hingenommen, die Klage so wenig elidirt, als die von dem Beklagten aufgestellte, vom Kläger nicht zugestandene Behauptung, das Mädchen habe bei seiner Entlassung kurz vor dem 1. November ohne Vorbehalt den verdienten Lohn angenommen und das Haus des Beklagten verlassen, indem, was die stillschweigende Entgegennahme der Kündigung betrifft, in Ermangelung anderer, einen Verzicht auf wohlerworbene Rechte mit Nothwendigkeit in sich schließender Umstände eine Annahme der Kündigung aus dem bloßen Schweigen des Dienstboten nicht hergeleitet werden kann, wenn der auf einen bestimmten Zeitraum abgeschlossene Dienstcontract unzeitig gekündigt und dadurch eine Rechtswidrigkeit begangen wird,

---

1) die Tochter des Klägers an einer namentlich in Anbetracht der Dienstleistungen in der Küche, Ekel erregenden Krankheit in der Nase gelitten,

2) dieselbe wiederholt ohne Erlaubniß ihrer Herrschaft das Haus verlassen habe; die Krankheit auch klägerischer Seits eingeräumt, letzteres aber durch die Aussage eines Zeugen bestätigt worden ist;

daß jedoch hierin keine begründete Ursachen zur Entlassung des Gesindes außer der Zeit nach § 26 der gedachten Gesindeverordnung gefunden werden können, da weder die fragliche Krankheit der Tochter des Klägers eine Unfähigkeit zur Verrichtung der übernommenen Verpflichtungen zur Folge gehabt hat und nicht durch Heilung zu heben gewesen wäre, noch auch derselbe nach der Angabe des Beklagten selbst und der von ihm producirten Zeugen nächtliches Ausgehen und ein wiederholtes Ausbleiben zur Last fällt,

die Dienstentlassung außer der Zeit also als eine solche angesehen werden muß, welche den Beklagten nach § 30 der Gesindeverordnung vom 25. Februar 1840 zur Auszahlung, außer des verdienten, eines vierteljährigen Lohnes nebst Kostgeld verpflichtet;

in Erwägung, daß demnach der Antrag des Klägers in qual. qua auf Auszahlung eines vierteljährigen Lohnes und eines Kostgeldes für die nämliche Zeit begründet erscheint, das letztere aber ex aequo et bono auf 3 ℛ Cour. pr. Woche zu bestimmen ist.

Digitized by Google

die ihren Character nicht dadurch verliert, daß der Mitcontrahent, da er zum Reden nicht verpflichtet war, dazu schweigt, und was die vorbehaltlose Annahme des verdienten Lohnes und das Verlassen des Hauses betrifft, die stillschweigende Entgegennahme des contractlich bereits verdienten, noch dazu, da der Dienstlohn regelmäßig halbjährlich entrichtet wird, fälligen Lohns den Dienstherrn von den Folgen der Contractsverletzung so wenig befreien kann, als das Verlassen des Hauses, wenn dieses nach dem Willen des Dienstherrn, dem der Dienstbote sich fügen muß, geschehen ist;

in Erwägung, daß die von dem Beklagten nach seiner Behauptung beim Abschluß des Contracts gestellte Bedingung, das Mädchen solle gesund sein, falls unter derselben etwas Anderes hätte verstanden sein sollen, als in der Gesindeverordnung in § 26 o und § 18 3 gesagt ist, nicht in solcher Allgemeinheit, wie geschehen, vielmehr so präcise hätte ausgedrückt werden müssen, daß bei dem relativen Begriff des Gesundseins der Richter im gegebenen Fall hätte erkennen können, ob die Bedingung eingetreten sei oder nicht, daß daher auch die angeblich beim Abschluß des Contracts gestellte Bedingung des Gesundseins und die behauptete Nichterfüllung dieser Bedingung die Klage nicht elidiren;

in Erwägung, daß der von dem Beklagten geltend gemachte gesetzliche Entlassungsgrund nach § 26 e der Gesindeverordnung zwar nicht begründet ist, da der Beklagte der Tochter des Klägers nur ein zweimaliges zu spät zu Hause kommen, also nicht ein nächtliches Ausgehen und wiederholtes Ausbleiben zur Last gelegt hat, daß dagegen der Beklagte als ferneren Entlassungsgrund den aufgestellt hat, daß das Mädchen in Folge des näher von ihm beschriebenen Uebels zur Verrichtung der ihm als Küchenmädchen, wozu es engagirt, obliegenden Dienste unfähig gewesen sei, und daß, falls das Mädchen an dem vom Beklagten behaupteten Uebel in der Weise gelitten hat, daß selbiges die ihm nach Maaßgabe des Dienstcontracts obliegenden Dienste dabei zu verrichten unfähig gewesen ist, dem Beklagten für die Entlassung des Mädchens in Gemäßheit der Gesindeverordnung ein gesetzlicher Entlassungsgrund zur Seite gestanden hat;

in Erwägung, daß der Kläger das Vorhandensein dieses Entlassungsgrundes geleugnet hat, daß der Beklagte durch Producirung zweier Zeugen im Verhandlungstermin den desfallsigen Beweis zu anticipiren versucht hat, daß seine Beweisführung mit Rücksicht auf die höchst allgemeine Aussagen beider Zeugen mißlungen ist, so daß die Auflage eines richterlichen Notheides nicht gerechtfertigt erscheint, wohl aber die Auflage einer besseren Bescheinigung, die auch in Gesindestreitigkeiten nicht ausgeschlossen ist, da die Gesindeverordnung eine Präclusion mit den nicht in termino producirten Beweismitteln so wenig vorschreibt, als sie die Bestimmung enthält, daß Gesindesachen in Einem Termin erledigt werden sollen;

in Erwägung, daß solchemnach zwar die sämmtlichen von dem Beklagten anderweitig gestellten Anträge als begründet nicht erscheinen, daß aber nach Maaßgabe seines generellen Antrages, daß nicht nach Lage der Acten Beweis erkannt ist, ihm die Bescheinigung, daß die Tochter des Klägers an einem Uebel gelitten habe, das sie zur Verrichtung der ihr obliegenden Dienste unfähig gemacht habe, nicht vorenthalten werden kann,

wird hiedurch bei Remittirung der Originalanlagen der Supplicationsschrift und abschriftlicher Mittheilung der Supplicationsgegenerklärung für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der Bredstedter Landvogtei d. d. 6./7. Mai 1864 unter Compensation der Kosten dieser Instanz und Aussetzung der Kosten erster Instanz dahin abzuändern ist

daß der Beklagte binnen 3 Wochen ab ins. unter Vorbehalt der Gegenbescheinigung und der Eide zu bescheinigen habe,

daß die Tochter des Klägers zur Zeit ihrer Dienstentlassung an einem Uebel gelitten habe, das sie zur Verrichtung der ihr obliegenden Dienste unfähig gemacht habe.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig zu Flensburg, den 22. Juli 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

42. Stück. — Den 17. October 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Unstatthaftigkeit der Eidesdelation über das Eigenthum an einer Sache. — Ableistung des Schiedeseides am Wohnort der schwörenden Partei.

In dem im 1. Stücke des Jahrgangs 1861 des Holsteinischen Anzeigen mitgetheilten Rechtsfall trat der Kläger den ihm von dem Oberappellationsgericht zuerkannten Beweis dadurch an, daß er über den ersten Beweissatz: daß er Eigenthümer des fraglichen Champagners gewesen sei, eventuell über die Thatsachen, daß Kläger den fraglichen Champagner von seinem Lager und für eigene Rechnung versandt, den Schiedseid deferirte, in Betreff des zweiten Satzes: daß dieser Wein zur Zeit des Verkaufes einen Werth von 390 ℛ 72 ß oder welchen geringeren Werth in Kiel gehabt habe, zum Würderungseid sich erbot und event. über denselben den Schiedseid zuschob. In ersterer Beziehung wurde bemerkt: wenn auch in der Regel die Eidesdelation über Rechtsbegriffe nicht zulässig sein dürfte, so erleide diese Regel doch eine Ausnahme, wo es gerechtfertigt erscheine, statt in den Beweissatz die bezüglichen Thatsachen aufzunehmen, sich eines Rechtsbegriffs zu bedienen, namentlich wenn durch einen allgemein bekannten Rechtsbegriff, dessen Nichtverständniß nicht zu fürchten sei, eine schwerfällige Zusammenstellung von Thatsachen vermieden werden könne,

Planck, Lehre vom Beweisurtheil, S. 276.

In dem vorliegenden Falle sei nun in der Klage zur thatsächlichen Begründung des Eigenthums des klägerischen Handlungshauses an dem fraglichen Champagner angeführt worden, daß Kläger denselben von seinem Lager und für eigene Rechnung zur Weiterbeförderung nach Kiel an seinen Commissionär in Hamburg gesandt hätte. Diese Thatsachen seien vom Obergericht und vom Oberappellationsgericht für hinreichend zur Begründung der Klage erachtet worden, und wenn dennoch von letzterem nicht auf Beweis dieser Thatsachen, sondern des Eigenthums interloquirt sei, so könne dies nur darin seinen Grund haben, daß es mit dem Rechtsbegriff des Eigenthums die einzelnen vom Kläger behaupteten Thatsachen habe zusammenfassen wollen. Unter diesen Umständen könne kein Bedenken vorliegen, die Eidesdelation über den Beweissatz, daß Kläger Eigenthümer des fraglichen Champagners gewesen sei, zuzulassen.

Die Beklagten deducirten dagegen in ihrer über diese Beweisantretung eingezogenen Erklärung, daß, wenn auch ein Rechtsverhältniß, welches zur Sachlegitimation diene, als solches in das Interlocut aufgenommen sei, wie dies in der Praxis wohl geschehe, dadurch doch keine Berechtigung gegeben sei, von dem anerkannten Proceßgrundsatze, daß die Eideszuschiebung nur über Thatsachen, nicht über Rechtsbegriffe geschehen dürfe, abzuweichen, event. ward der Eid von ihnen referirt. Sie bestritten ferner die Zulässigkeit des Würderungseides über den zweiten Beweissatz, event. des hierüber ausgeschobenen Schiedeseides, das letztere, weil Kläger in dem von ihm formulirten Eidesthema die Worte „in der Stadt Kiel“ ausgelassen, weil er die Eideszuschiebung nicht auf eine bestimmte Summe gerichtet habe, weil der Schiedseid nicht zur Herstellung

Digitized by Google

der Größe eines Schadens oder Werthes benutzt werden könne und weil die Beklagten als gewöhnliche Laien nicht im Stande seien, ein Urtheil über den Werth einer bestimmten Quantität Wein sich bilden zu können.

Von dem Obergericht ward hierauf nach eingezogener weiterer Erklärung des Klägers der nachstehende Bescheid abgegeben:

Auf die sub praes. den 26. März d. J. hieselbst eingereichte Erklärung des Handlungshauses J. Goery & Comp. in Chalons sur Marne, Klägers,

wider

den Zollinspector Justizrath Meyer und den Zollkassirer Justizrath Hinz in Kiel, Beklagte,

wegen Schadensersatz, jetzt die Beweisantretung betreffend,

wird, bei abschriftlicher Mittheilung dieser Erklärung an die Beklagten,

in Erwägung,

1) daß der Schiedseid nur über Thatsachen, nicht aber über Rechtsbegriffe, deferirt werden darf und daher der über das Eigenthum des fraglichen Champagners deferirte Eid nicht für zulässig zu erachten ist;

2) daß dagegen die Thatsachen, über welche event. der Eid zugeschoben worden, aus dem im Erkenntniß vom 12. Decbr. 1859 dafür angeführten Grunde als relevant anzusehen sind und in Berücksichtigung des unverhältnißmäßigen Kostenaufwandes, den bei der großen Entfernung des Wohnortes des Klägers seine Sistirung vor dem hiesigen Gerichte verursachen würde, ihm zu gestatten ist, den ihm referirten Eid vor dem Gerichte seines Domiciles abzuleisten;

3) daß, abgesehen von der Frage, ob die übrigen Bedingungen für die Zulässigkeit des Würderungseides vorhanden sind, derselbe schon aus dem Grunde nicht statthaft erscheint, weil es sich in diesem Fall nicht um einen durch dolus oder lata culpa verursachten Schaden handelt, indem es den Beklagten weder als dolus noch lata culpa angerechnet werden kann, daß sie eine gesetzliche Vorschrift unrichtig ausgelegt und ausgeführt haben, zumal da das von ihnen beobachtete Verfahren bisher von den meisten Zollämtern und zwar mit Billigung ihrer vorgesetzten Behörde angewandt worden ist;

4) daß dagegen der über die Größe des in Frage stehenden Schadens deferirte Eid für zulässig zu erachten, da die Beklagten auch ohne besondere Sachkenntniß leicht eine zur Leistung eines Glaubenseides hinreichend begründete Ansicht über den Betrag des Schadens haben gewinnen können und in der mittelbar für sie eintretenden Nothwendigkeit, diejenige Summe anzugeben, welche sie als die richtige den wahren Schadensbetrag enthaltende nicht bestreiten wollen, eine unzulässige Beschwerung derselben nicht enthalten ist, auch die in dem vom Kläger formulirten Eidesthema fehlenden Worte „in Kiel" keine genügende Veranlassung geben können, den zugeschobenen Eid als unstatthaft zu verwerfen, da es sich nicht bezweifeln läßt, daß es die Absicht gewesen, den Eid über das ganze Beweisthema in Gemäßheit des Interlocutes zu deferiren;

5) endlich daß, da überflüssige Eide zu vermeiden sind, die Ableistung des dem Kläger deferirten gleich wie auch die Ableistung des von den Beklagten acceptirten Eides bis zur Beendigung des über die Größe des Schadens angetretenen Gegenbeweises auszusetzen ist,

hiermittelst von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß der über das Eigenthum des Champagners deferirte Eid, wie auch der zum Beweise des erlittenen Schadens zur Hand genommene Würderungseid als unzulässige Beweismittel zu verwerfen, dem Kläger aber zu gestatten ist, den ihm referirten Eid über die Thatsache: daß er den fraglichen Champagner von seinem Lager und für eigene Rechnung versandt habe, vor dem Gerichte seines Domicils abzuleisten, daß jedoch die Ableistung dieses Eides gleich wie auch die Ableistung des von den Beklagten acceptirten Eides über die Größe des Schadens bis zur Beendigung des in Veranlassung des angetretenen Gegenbeweises eingeleiteten Verfahrens auszusetzen sei; unter Compensation der durch diesen Incidentstreit erwachsenen Kosten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 10. April 1863.

Das klagende Handlungshaus wandte sich gegen diesen Bescheid mit einer Supplication an das Oberappellationsgericht zu Kiel, wurde aber von diesem in nachstehender Weise abschlägig beschieden.

Digitized by Google

Namens Sr. Königl. Majestät

Auf die am 2. Juni d. J. hier eingereichte Supplicationsschrift des Handlungshauses J. Goerg & Co. in Chalons sur Marne, Klägers, jetzt Supplicanten,

wider

den Zollinspector Justizrath Meyer in Kiel und den Zollcassirer, Justizrath Hinz daselbst, Beklagte, jetzt Supplicaten,

wegen Schadensersatzes, dann Beweisantretung, jetzt die Supplication gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 10. April betreffend,

wird, mit Beziehung auf die dem angefochtenen Bescheide vorangestellten Entscheidungsgründe, so wie

in Erwägung, daß die in der unrichtigen Auslegung und Anwendung des § 228 der Zollverordnung vom 1. Mai 1838 liegende Verschuldung der Beklagten, um so weniger für ein grobes Versehen (culpa lata) erachtet werden kann, da der richtige Sinn jenes § keineswegs so klar und unzweideutig darin ausgesprochen ist, daß ein Verkennen desselben ohne große Unachtsamkeit unmöglich wäre, vielmehr auch der Sinn, in welchem die Beklagten den § aufgefaßt haben wollen, obschon aus überwiegenden Gründen verwerflich, doch als zur Noth mit den Worten vereinbar erscheint, und

2) daß der sogenannte Quantitätseid, nach einer constanten Praxis bisher in Holstein nicht zulässig gewesen ist, das denselben in § 25 zulassende Gesetz, betreffend das Beweisverfahren im Civilproceß vom 14. Juli 1863, aber in dieser Sache noch keine Anwendung leidet,

hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Advocatur- und Procuraturrechnung des Anwalts wird zu 31 ℔ 64 ß R.-M. bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königlichen Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 31. October 1863.

Inwiefern die Beweisurkunden im Original zu produciren sind. — Die amtliche Beglaubigung der Unterschrift einer Urkunde macht dieselbe nicht zu einer öffentlichen.

In dem in dem 15. Stück der diesjährigen Schleswig-Holsteinischen Anzeigen abgedruckten Rechtsfall haben die Executoren des Schröder'schen Fideicommisses gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 26. Febr. d. J. an das Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht supplicirt. Es ist ihnen darauf von diesem der nachstehende abschlägige Bescheid zu Theil geworden.

Auf die am 9. Mai d. J. hier eingereichte Supplicationsschrift des Halbhufners A. Lange und des Vollhufners C. Griebel in Kaköhl, als Executoren der von dem wail. Hufner C. F. Schröder in Kaköhl unterm 14. October 1820 errichteten letztwilligen Disposition, Beklagte, Producten und Supplicanten,

wider

den Käthner Johann Matthias Hagen ebendaselbst, Kläger, Producenten und Supplicaten,

wegen Herausgabe der vom wail. Hufner C. F. Schröder hinterlassenen Immobilien s. w. d. a., jetzt die Supplication gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 26. Februar d. J.,

wird, mit Beziehung auf die dem angefochtenen Bescheide vorangestellten Entscheidungsgründe, sowie

in Erwägung, daß kein Widerspruch darin liegt, wenn hierin zwar die Gründe des Bescheides des Futterkamper Justitiariats vom 19. September 1863 zum Theil verworfen sind, der Bescheid selbst aber für richtig und sachgemäß erklärt ist, und daß, da Geständnisse einer Partei in jedem Stadium des Processes mit verbindlicher Kraft erfolgen können, das Obergericht vollkommen befugt gewesen ist, ein erst in voriger Instanz vorgekommenes Zugeständniß der Supplication zu berücksichtigen,

hiemit

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Rechnung des Anwalts und Actenprocurators der Supplicanten wird zu 60 ℔ 3 ß bestimmt.

Digitized by Google

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzoglich Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 28. September 1864.

Die Verordnung vom 9. April 1736, welche den Aufenthalt sitzender Gäste in den Wirthshäusern nach einer bestimmten Stunde verbietet, findet auf Reisende, welche in dem Wirthshause logiren, keine Anwendung.

Auf die mittelst Berichts der Süderdithmarscher Landvogtei vom $\frac{30. \text{ April}}{4. \text{ Mai}}$ hieselbst eingesandte Supplicationsschrift des Gastwirths Türen in Meldorf wider ein Brücherkenntniß der Landvogtei vom 11. November v. J.,

wegen Contravention gegen die Verordnung vom 9. April 1736,

wird,

in Erwägung, daß das durch die Verordnung vom 9. April 1736 und die Intimation vom 11. September 1738 in Betreff sitzender Gäste in Wirthshäusern nach 10 Uhr Abends im Sommer und 9 Uhr Abends im Winter erlassene Verbot dem Inhalte dieser Gesetze nach auf Einwohner des Orts selbst und solche Fremde, welche die Wirthshäuser als Gäste besuchen, zu beschränken ist, auf Reisende aber, die in den Wirthshäusern logiren, keine Anwendung findet und daher der Umstand, daß der Supplicant in der Nacht vom 26./27. October v. J. mehreren fremden bei ihm logirenden Handlungsreisenden sein Gastzimmer zum Aufenthalt eingeräumt hat, ihm als eine Contravention gegen die gedachten Gesetze nicht zur Schuld angerechnet werden kann,

von Obergerichtswegen das angefochtene Landvogteierkenntniß vom 11. November v. J. hiedurch aufgehoben.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 3. Juni 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Provocation zur Klage. — Subsidiarität derselben.

In Sachen der Kirchenjuraten des Kirchspiels Hostrup, Provocaten, jetzt Supplicanten,

wider

den Hofbesitzer B. B. Momsen zu Groß-Tonde, Procanten, jetzt Supplicaten,

hauptsächlich die Concurrenz zu den Kirchspielslasten, dann Provocation, jetzt die Supplication gegen den Bescheid der Schlux-Hardesvogtei vom 30. April d. J. betreffend,

ergeben die Acten:

Zwischen dem Besitzer des zu Hostrup eingepfarrten Hofes Groß-Tonde und den Vertretern des Kirchspiels Hostrup haben schon seit längerer Zeit Differenzen darüber bestanden, inwieweit der Erstere schuldig sei, zu den Kirchspielslasten beizutragen. Während nämlich der Hofbesitzer Momsen die Behauptung aufstellt, daß er nur eine jährliche Abgabe von 3 ℛ 2 ß Cour. an die Kirche zu Hostrup zu bezahlen habe, im Uebrigen aber von allen Kirchspielslasten befreit sei, wird dieses von den Vertretern des Kirchspiels Hostrup nicht anerkannt.

Die Frage, wie weit die Verpflichtungen des Hofbesitzers Momsen sich erstreckten, kam schon im Jahre 1832 in Veranlassung davon, daß derselbe zum Rechnungsführer bei dem Hostruper Armenhause erwählt war, zur Sprache, und wurde damals auf eine Vorstellung des Hofbesitzers Momsen gegen die Armenvorsteher des Kirchspiels Hostrup von dem Kirchenvisitatorium der Propstei Tondern unterm 2. November 1832 decretirt, daß die Uebernahme des Amts eines Rechnungsführers s. w. d. a. beim Hostruper Armenhause den von dem Supplicanten als Besitzer von Groß-Tonde in Anspruch genommene Freiheiten nicht zum Präjudiz gereichen solle, wobei es übrigens den Supplicaten unbenommen bleibe, eine Entscheidung über die dem Supplicanten zugemuthete Verpflichtung zur Theilnahme an sämmtlichen Kirchspielsdiensten beikommenden Orts zu veranlassen.

Was die Kirchspielsabgaben betrifft, so hat der Hofbesitzer Momsen, wie er selbst zugiebt, die nach

Digitized by Google

Pflugzahl repartirten Abgaben seit dem Jahre 1840 bezahlt; er behauptet aber, daß er dies nur aus persönlichem Interesse für die Sache und stets unter Protest gegen eine in dieser Beziehung bestehende Verpflichtung und unter Reservation der seinem Hofe zustehenden Freiheiten gethan habe, während die Juraten des Kirchspiels Hostrup erklären, daß ein solcher Protest von Seiten des Hofbesitzers Momsen bei Leistung der Beiträge erst in den letzten Jahren erhoben sei.

Dieser Zustand dauerte bis zum Jahre 1862, wo der Hofbesitzer Momsen sich weigerte, einen auf ihn repartirten Beitrag zu den Kirchspielslasten von 9 ℛ 20 ß R.-M. zu leisten.

Die Kirchenjuraten zu Hostrup wandten sich darauf an das Kirchenvisitatorium der Propstei Tondern, welches unterm 29. Juli 1862 ein Mandat gegen den Hofbesitzer Momsen erließ. Nachdem dieser sodann eine Gegenvorstellung mit dem Antrage auf Aufhebung des Mandats bei dem Kirchenvisitatorium eingereicht und in Folge davon ein Schriftwechsel stattgehabt hatte, wurde unterm 12. April v. J. von dem Kirchenvisitatorium der Bescheid ertheilt,

> daß auf den Antrag des Hofbesitzers Momsen nicht eingetreten werden könne, und daß es ihm daher auferlegt werde, jetzt binnen 14 Tagen die eingeklagten 9 ℛ 20 ß R.-M. zu bezahlen.

Auf eine von dem Hofbesitzer Momsen gegen diesen Bescheid bei dem Schleswigschen Ministerium eingereichte Vorstellung erfolgte unterm 30. November v. J. die Resolution,

> daß das Ansuchen des Supplicanten nicht habe bewilligt werden können, daß es ihm aber freistehen solle, seinen Anspruch auf Befreiung von den fraglichen Kirchspielslasten zum Gegenstand einer richterlichen Entscheidung zu machen.

In Folge dieser Resolution hat der Hofbesitzer Momsen durch eine bei der Schlur-Hardesvogtei eingereichte Vorstellung die Kirchenjuraten des Kirchspiels Hostrup zur Anstellung einer Klage provocirt, indem er sich zur Begründung dieser Provocation theils darauf berufen hat, daß die Provocaten schon im Jahre 1832 auf den Weg Rechtens verwiesen seien, diesen Weg damals aber nicht betreten hätten, theils darauf, daß die Provocaten, welche eine Veränderung des bisherigen Zustandes herbeiführen wollten, als Kläger auftreten müßten.

Durch ein Decret der Schlur-Hardesvogtei vom 23. Januar d. J. ist darauf den Provocaten befohlen, binnen 6 Wochen ab insin. die ihnen zustehenden Ansprüche und Forderungen gegen den Provocanten wegen seiner Theilnahme an den Kirchspielslasten geltend zu machen, sofern sie es nicht vorziehen würden, die Sache fallen zu lassen und dem Provocanten die Kosten zu erstatten.

Die Provocaten haben hiegegen eine Gegenvorstellung eingereicht; nach eingezogener Replik hat jedoch die Schlur-Hardesvogtei unterm 30. April d. J. den Bescheid ertheilt*):

*) Die Entscheidungsgründe (aus der dänischen Gerichtssprache übersetzt):

In Erwägung, daß der Provocant vorgebracht hat, daß er auf seinen Antrag an das Kirchenvisitatorium in Tondern wegen eines daselbst von den Provocaten wider ihn erwirkten Befehls vom 29. Juli 1862 zur Leistung der ihm mit 9 ℛ 20 ß obliegenden Beiträge zu den Hostruper Kirchspielslasten einen abschlägigen Bescheid erhalten, daß er hiergegen an das Ministerium für das Herzogthum Schleswig supplicirt und von daher eine Resolution vom 8. November f. J. bekommen habe, dahin lautend, daß seinem Antrage auf Befreiung von der Beisteuer zu den Hostruper Kirchspielslasten nicht stattzugeben sei, ihm aber zugestanden werde, seine Behauptung der Freiheit von solcher Beisteuer zur Entscheidung im Wege Rechtens zu bringen, weshalb er denn hier auf Abgebung eines entsprechenden Provocationsmandats wider die beikommenden Kirchenjuraten des Kirchspiels Hostrup anzutragen sich genöthigt finde, und

in Erwägung, daß die Provocaten gegen das von hier unterm 23. Januar 1864 abgelassene Provocationsmandat eingewendet haben, daß sie durch den beregten vom Ministerium für das Herzogthum Schleswig bestätigten Bescheid des Kirchenvisitatorium zur Einforderung des wider den Provocanten eingeklagten Beitrags zu den Kirchspielslasten befugt seien, und daß der Provocant zur Herbeiführung einer etwaigen Aenderung des sonach bestehenden Verhältnisses seine Befreiung in der ihm vom Ministerium vorbehaltenen Weise nachsuchen müsse, wogegen sie ihrestheils sich nicht veranlaßt finden oder genöthigt werden könnten, wegen seiner Beitragspflichtigkeit wider ihn klagbar zu werden;

in Erwägung aber, daß die bei den Acten befindliche beregte Ministerialresolution vom 30. Novbr.

Digitized by Google

daß das Provocationsmandat vom 23. Januar d. J. dahin in Kraft gesetzt werde, daß die Provocaten schuldig seien, binnen 4 Wochen ab insin. denselben zu geleben, und zwar unter Androhung beständigen Stillschweigens und des Verlustes ihrer zur Frage stehenden Forderungen und Ansprüche gegen den Provocanten, sowie dieselben die durch die Provocation und die letzte Erklärung veranlaßten Kosten zu erstatten hätten.

Gegen diesen Bescheid haben die Provocaten anhero supplicirt und sich darüber beschwert:

1) daß das Provocationsmandat nicht aufgehoben sei, unter Verurtheilung des Provocanten zur Erstattung der Kosten,
2) event., daß nicht wenigstens die Kosten compensirt seien.

Es frägt sich demnach, ob das von der Schlux-Hardesvogtei abgegebene Provocationsmandat als gerechtfertigt angesehen werden kann.

In Erwägung nun,

1) daß die Provocation durch die Berufung auf die Entscheidung des Tondernschen Kirchenvisitatoriums vom 2. November 1832 nicht gerechtfertigt werden kann, indem es sich damals nicht um die gegenwärtig zur Frage stehenden Kirchspielslasten handelte, und indem ferner der damalige Streit zwischen dem Provocanten und den Armenvorstehern des Kirchspiels Hostrup geführt wurde, während gegenwärtig die Kirchenjuraten ihm als Gegner gegenüberstehen, überdies auch die damalige Entscheidung des Kirchenvisitatoriums, selbst wenn es sich damals um die jetzt zur Frage stehenden Kirchspielslasten gehandelt hätte und die Kirchenjuraten dem Provocanten gegenüber gestanden hätten, doch jedenfalls durch die später stattgehabten Verhandlungen vor dem Kirchenvisitatorium der Propstei Tondern ihre Bedeutung verloren haben würde,

2) daß die Provocation zur Anstellung einer Klage, da sie eine Ausnahme von der Regel bildet, daß die Klagerhebung dem freien Entschlusse des Berechtigten überlassen ist, falls nicht ein weitergehender entschiedener Gerichtsgebrauch sich nachweisen läßt, nur insoweit zugelassen werden kann, als ein practisches Bedürfniß zur Gestattung derselben vorhanden ist,

3) daß, wenn auch die Provocation zur Anstellung einer Klage neuerdings in einzelnen Fällen in einem weiteren Umfange zugelassen ist, doch die Existenz einer entschiedenen desfälligen Praxis für das Herzogthum Schleswig um so weniger behauptet werden kann, als in anderen Fällen in der entgegengesetzten Weise entschieden worden ist; daß demnach die Provocation nur in denjenigen Fällen als zulässig erachtet werden kann, wo es dem Provocanten an einer Klage fehlt, um die obschwebende Streitfrage zur Erledigung zu bringen, oder wo es wenigstens als zweifelhaft erscheint, ob demselben eine Klage zusteht,

4) daß, was den vorliegenden Fall betrifft, der Provocant unzweifelhaft eine Klage auf Anerkennung der von ihm in Ansehung der Kirchspielslasten behaupt. Immunität erheben kann, mithin ein völlig ausreichendes Mittel hat, um die zwischen ihm und den Provocaten obwaltende Differenz zur Entscheidung der Gerichte zu bringen,

5) daß also die Provocation sich als ungerechtfertigt darstellt, wogegen der Umstand, daß die Schleswigsche Praxis in der fraglichen Beziehung in neuerer Zeit schwankend gewesen ist, für eine Vergleichung der Proceßkosten spricht,

---

v. J. ihrem Wortlaut nach erkennen läßt, daß das Ministerium über die Verbindlichkeit oder Nichtverbindlichkeit des Provocanten als Besitzer von Groß-Tonde zur Leistung der ihm von den Provocaten im Verwaltungswege abgeforderten Beiträge zu den Kirchspielslasten nicht habe entscheiden wollen, sondern vielmehr diese Entscheidung den Gerichten überlassen hat, und daß demgemäß der Kirchenvisitatorialbescheid vom 12. August 1863, gegen welchen die Supplication gerichtet war, welche die Resolution zur Folge hatte, seine Bedeutung und Gültigkeit verlieren muß, sobald der Provocant sich veranlaßt findet, der ihm zugestandenen Befugniß zur Anhängigmachung der Sache vor dem beikommenden Gericht sich zu bedienen, daß aber diese Eventualität mit der Anstellung der Provocation eingetreten ist, da keine Rechtsgründe erfindlich sind, weshalb hier die Provocation ausgeschlossen und der Provocant zur Anstellung einer besonderen Negatorienklage wider die Provocaten genöthigt sein sollte, wohl aber die Seitens der damaligen höchsten Regierungsstellen erfolgte Verweisung sonst der gerichtlichen Competenz entzogener Sachen auf den Weg Rechtens zur Folge haben muß, daß dieselben hier nach den für andere Civilsachen im Allgemeinen geltenden Proceßgrundsätzen behandelt werden.

Digitized by Google

wird auf die unterm 31. Mai d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach eingezogener Gegenerklärung und bei Retradirung der Originalanlagen der Supplicationsschrift,

hiemittelst der Bescheid ertheilt:

daß das von der Schlux-Hardesvogtei unterm 23. Januar d. J. abgegebene und unterm 30. April d. J. wieder in Kraft gesetzte Provocationsmandat aufzuheben sei. Unter Vergleichung der Kosten dieser und der vorigen Instanz.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 15. Juli 1864.

Modicum tempus für Leistungen, welche nur auf vorgängige Anforderung zu gewähren sind. In Ermangelung contractlicher Bestimmung ist dasselbe nach richterlichem Ermessen festzusetzen.

In Sachen des Abnahmemannes Asmus Mangelsen in Groß-Brebel, Klägers, jetzt Supplicanten,

wider

den Käthner und Gastwirth Johann Nicolay Björnsen daselbst, Beklagten, jetzt Supplicaten,

betreffend hauptsächlich eine Abnahmestreitigkeit, jetzt die Supplication gegen den Bescheid der Schlies- und Füsing-Hardesvogtei vom 20. Mai d. J.,

ergeben die Acten:

Im Jahre 1855 verkaufte der jetzige Supplicant Mangelsen seine in Groß-Brebel belegene Bondenkathe mit den dazu gehörigen Ländereien und Gebäuden, so wie seinem halben Antheil an der 8. Bondenparcele der Peter Petersen'schen Hufe an Franz Peter Gosch aus Wesebye für eine Kaufsumme von 6500 ℛ R.-M. und eine von dem beikommenden Unterofficial zu einem jährlichen Werth von 152 ℛ 10 ß R.-M. taxirte Abnahme. Was die letztere betrifft, so hat der Käufer nach dem § 6 des Kaufcontracts vom $\frac{29.\ \text{Septbr.}}{5.\ \text{Octbr.}}$ 1855 verschiedene Naturalien, wozu unter Andern auch eine jährlich Weihnachten zu liefernde Tonne Gerste gehört, an den Verkäufer und dessen Ehefrau zu liefern; außerdem hat der Käufer, was gegenwärtig allein in Betracht kommt, sich verpflichtet, zu leisten:

„freies Fuhrwerk für die Abnehmer, mit einem anständigen Wagen und sichern Fuhrmann, der weiteste Weg soll jedoch nach den nächsten Städten und Flecken sein."

Später hat der damalige Käufer Franz Peter Gosch die fragliche Kathen- und Parcelenstelle an den Johann Nicolay Björnsen, den jetzigen Supplicaten, verkauft, und sind nun zwischen dem Letzteren und dem Abnahmemann Mangelsen Differenzen in Ansehung der Abnahme entstanden.

Unterm 2. Mai d. J. reichte Mangelsen bei der Schlies- und Füsing-Hardesvogtei eine Vorstellung gegen den Björnsen ein, in welcher er sich darüber beschwerte, daß er die um Weihnachten zu liefernde Tonne Gerste noch nicht erhalten und daß der Beklagte einer von Seiten des Klägers an ihn ergangenen Fuhrrequisition unter dem Vorwande, daß sein Fuhrwerk nicht zu Hause sei, nicht dem Verlangen des Klägers gemäß binnen 2 Stunden Folge geleistet habe. Der Antrag war darauf gerichtet, daß der Beklagte unter Erstattung der Proceßkosten schuldig erkannt werde, dem Kläger innerhalb 8 Tagen die restirende Tonne Gerste zu liefern, sowie ferner den Requisitionen des Klägers wegen des Fuhrwerks jedesmal spätestens innerhalb 2 Stunden Folge zu leisten, widrigenfalls es dem Kläger freistehen solle, auf Kosten des Beklagten ein Fuhrwerk zu miethen.

In Veranlassung dieser Eingabe wurde von der Schlies- und Füsing-Hardesvogtei ein Termin auf den 13. Mai d. J. angesetzt. Da der Beklagte sich in diesem Termin nicht einfand, wurde ein neuer Termin auf den 20. Mai anberaumt und der Beklagte mit der Androhung geladen, daß im Fall abermaligen Ausbleibens definitiv wider ihn erkannt werden würde. Da nun der Beklagte dessen ungeachtet von Neuem ausblieb, wurde in dem gedachten Termin, am 20. Mai d. J. von der Hardesvogtei dahin erkannt*):

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß der Beklagte durch den Bescheid vom 13. d. M. zum heutigen Tage mit der Androhung vorgeladen ist, daß im Fall abermaligen Ausbleibens definitiv wider ihn erkannt werden würde;

in fernerer Erwägung, daß trotz dessen der Beklagte abermals ausgeblieben ist und jetzt, da den

Digitized by Google

daß Beklagter schuldig sein solle, dem Kläger die eingeklagte Abnahmeprästation von Einer Tonne Gerste innerhalb 8 Tagen a dato zu leisten, jedoch solle Kläger gehalten sein, dem Beklagten den Tag zuvor in Hinsicht der zu leistenden Fuhren, ehe sie geleistet werden sollen, anzusagen, Noth- und Krankheitsfälle ausgenommen; zugleich habe Beklagter dem Kläger die sämmtlichen Kosten innerhalb 4 Wochen zu erstatten.

Gegen diesen Bescheid hat der Kläger anhero supplicirt und sich darüber beschwert:

daß er verbunden sein solle, dem Beklagten den Tag zuvor in Hinsicht der zu leistenden Fuhren, ehe sie geleistet werden sollten, anzusagen.

Nachdem die Gegenerklärung eingezogen, fragt es sich jetzt, ob die Beschwerde des Supplicanten für begründet erachtet werden kann.

In Erwägung nun,

1) daß der Kauf-Contract vom $\frac{29.\ \text{Septbr.}}{5.\ \text{Octbr.}}$ 1855 nur die Bestimmung enthält, daß der Käufer den Abnahmeleuten freies, d. h. unentgeltliches Fuhrwerk zu leisten hat, wobei die Beschränkung hinzugefügt ist, daß der weiteste Weg nach den nächsten Städten und Flecken

---

Rechten nach lis pro negative contestata hier angenommen werden muß, der Beklagte seiner Einreden für verlustig zu erklären ist;

in Erwägung indeß, daß die eingeklagten Abnahmeprästationen durch den Kaufcontract vom $\frac{24.\ \text{Septbr.}}{5.\ \text{Octbr.}}$ 1855 vollständig liquide gemacht sind;

in fernerer Erwägung jedoch, daß, was die Fuhren betrifft, der Kläger der Billigkeit nach verbunden sein muß, dem Beklagten den Tag zuvor, ehe die Fuhr zu leisten ist, anzusagen, Noth- und Krankheitsfälle ausgenommen.

sein solle; daß aber eine ausdrückliche Bestimmung über die Zeit, binnen welcher der Besitzer der Stelle jedes Mal der Requisition eines Fuhrwerks von Seiten des Klägers Folge zu leisten hat, in dem Contract nicht enthalten ist; daß jedoch nach allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen in den Fällen, in welchen der Verpflichtung zur Erfüllung der geschuldeten Leistung eine Aufforderung zur Leistung, wie im vorliegenden Falle eine Requisition des zu leistenden Fuhrwerks, voraufgehen muß, dem Schuldner ein modicum tempus zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eingeräumt wird, und daß bei fehlender contractlicher Bestimmung die dem Schuldner zu gewährende Zeit unter Berücksichtigung aller Umstände nach richterlichem Ermessen festzusetzen ist;

2) daß man bei der näheren Feststellung dieser Zeit sowohl das Herkommen und die bäuerlichen Verhältnisse der Stelle, von welcher die Abnahme zu leisten ist, berücksichtigen muß, und daß, wenn man hiervon ausgeht und insbesondere berücksichtigt, daß, wenn man dem Kläger die Befugniß einräumen würde, zu verlangen, daß Beklagter den Fuhrrequisitionen jedesmal binnen 2 Stunden Folge zu leisten habe, ein solches Recht die gehörige Bewirthschaftung der Stelle, die so klein ist, daß der Besitzer jedenfalls nur wenige Pferde halten kann, auf's Aeußerste gefährden würde, die Feststellung der Hardesvogtei als eine den Verhältnissen entsprechende erscheint, der Kläger auch um so weniger Grund zur Beschwerde hat, als ausdrücklich die Noth- und Krankheitsfälle ausgenommen sind;

wird dem Kläger und Supplicanten auf die unterm 2. Juni d. J. von ihm eingereichte Supplicationsschrift bei Retradirung der Originalanlagen derselben, hiemittelst

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt. Unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 23. August 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

43. Stück. — Den 24. October 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Der § 14 der Stempelpapierverordnung wegen Nichtverbindlichkeit der nicht rechtzeitig solennisirten Appunktuationen findet auf Contracte, die außerhalb Landes zwischen einem Ausländer und einem Einheimischen geschlossen werden, keine Anwendung. — Exceptio non adimpleti contractus gegen einen Exmissionsbefehl. — Retentionseinrede.

Der Ziegeleipächter Schönborn in Hamburg ließ in einer Eingabe sub praes. den 3. April d. J. bei dem Trittauer Amtsgericht vortragen:

Im Frühjahr v. J. habe er die Betriebsarbeiten auf der von ihm gepachteten Ziegelei in Altrahlstedt für das Jahr 1863 dem Zieglermeister Töns Lenger übertragen und ihm zugleich eine Wohnung auf der Ziegelei eingeräumt. Ueber dies ganze Engagement seien in einem Contractsentwurf de dato Hamburg den 11. October v. J. die mündlich getroffenen Stipulationen auch mit Rücksicht darauf zusammengefaßt und von beiden Theilen unterschrieben, um darnach, wenn der fernere Betrieb dem Lenger übertragen werden sollte, den förmlichen Contract gerichtlich zu vollziehen.

In diesem der Eingabe beigefügten Entwurfe laute der § 13: „Bis zum Ablauf dieses Contracts, also pr. Anfang Februar und einen weitern Monat hinaus ist dem Töns Lenger die freie Wohnung gestattet, bei einer aber etwa nicht Fortsetzung dieses Engagements muß die Wohnung am 1. März 1864 geräumt werden."

Es sei nun das Engagement nicht fortgesetzt, vielmehr eine Untersuchung wider den Lenger wegen Unredlichkeiten veranlaßt worden.

Da derselbe jedoch die Wohnung nicht geräumt habe, sei er von dem Anwalt des Imploranten aufgefordert, diese Räumung, welche am 1. März hätte geschehen müssen, spätestens bis zum 29. März zu beschaffen.

Hierauf habe er jedoch geantwortet, daß er sich zu räumen weigere, weil er erst Entschädigung verlange, welche er daher ableiten wolle, daß Implorant einen Contract auf mehrere Jahre mündlich mit ihm gemacht habe.

Dieser angebliche Contractsabschluß sei rein aus der Luft gegriffen und würde auch völlig unverbindlich sein, da der § 13 des Contractsentwurfs ausdrücklich laute:

„Töns Lenger erklärt sich damit einverstanden, daß dieser Contract einen Monat nach dem letzten diesjährigen Brande, was spätestens Ende December geschehen sein muß (nämlich der letzte Brand), Gültigkeit hat und daß pr. Anfang Februar im Falle des neuen Engagements ein neuer Contract für die nächsten Jahre gerichtlich gemacht und unterzeichnet wird."

Es sei also die schriftliche Contractserrichtung für den Fall der Erneuerung festgestellt und da eine solche nicht stattgefunden, auch kein Grund für den Imploraten vorhanden, die Räumung zu verweigern.

Gebeten wurde, dem Imploraten unbedingt anzubefehlen, die Wohnung innerhalb 24 Stunden ab ins. mit seinen Effecten zu räumen, bei Vermeidung der Exmission, sowie die Kosten zu erstatten.

Digitized by Google

Diesem Antrage gab das Gericht Statt durch Decret vom 6./8. April a. c.

Unterm 9. ejusd. reichte Implorat eine Gegenvorstellung ein, worin er zunächst exceptionem sub et obreptionis opponirte und zu deren Begründung Folgendes bemerkte: Die Vereinbarung, auf welche Implorant seinen Antrag gestützt habe, sei überschrieben: „Entwurf zum Engagements-Contract", und Implorant selber sage in seiner Eingabe: „Ueber dies ganze Engagement wurden in einem Contracts-Entwurf vom 11. October v. J. die mündlich getroffenen Stipulationen auch mit Rücksicht darauf zusammengefaßt und von beiden Theilen unterschrieben, um darnach, wenn der fernere Betrieb dem Imploraten übertragen werden sollte, den förmlichen Contract gerichtlich zu vollziehen."

Hiernach hätte man es nicht mit einem Contract, sondern nur mit Vernötelungen oder Appunktuationen zu thun.

Das der Klage angelegte Document sei also in doppelter Beziehung werthlos. Einmal, weil auf Grund von Appunktuationen keine andere Klage erhoben werden könne, als diejenige auf endliche Vollziehung und Solennisirung; zweitens, weil die vorschriftsmäßigen 6 Wochen, innerhalb welcher Appunktuationen, bei dem Mangel anderweitiger Verabredung, auf dem gehörigen Stempelbogen auszufertigen seien, falls sie einige Verbindlichkeit behalten sollten, im vorliegenden Fall (die Vereinbarung datire vom 11. October 1863) längst verstrichen seien.

Implorat sei daher zu der Bitte berechtigt, daß das Mandat vom 6./8. April wieder aufgehoben werde ref. exp.

Eventualiter, falls die mehrgedachte Vereinbarung für einen förmlichen Contract sollte gelten können, opponirte Implorat exceptionem non adimpleti contractus, welche Einrede bekanntlich als verneinende Einlassung anzusehen sei und dem Kläger die Beweislast aufbürde.

Implorant habe nicht erfüllt die Bestimmungen der §§ 1, 4 und 15. Implorat habe nämlich noch zu fordern für gelieferte Fabrikate 560 ℛ Cour.; außerdem habe Implorant von ihm eine Obligation zum Werthe von 1600 ℛ Cour. in Händen, welche er ihm zu retradiren habe. Diese verstehe der § 15 unter der Bezeichnung „Guthaben".

Implorat schloß mit der Bitte um Aufhebung des Mandats vom 6./8. April ref. exp.

Auf diese Vorstellung wurde unterm 14./18. ejusd. vom Trittauer Amtsgericht ein abschlägiger Bescheid*) ertheilt. Gegen denselben hat der Implorat das Rechtsmittel der Supplication ergriffen, worauf er jedoch nachstehendermaaßen abschlägig beschieden wurde.

Auf die sub praes. den 5. d. M. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Zieglermeisters Töns Lenger in Altrahlstedt, Imploraten, jetzt Supplicanten,

wider

den Ziegeleipächter Carl Schönborn in Hamburg, Imploranten, jetzt Supplicaten,

wegen Räumung einer Wohnung, jetzt gegen den Bescheid des Trittauer Gerichts vom 14./18. April d. J.,

wird,

---

*) Dieser Bescheid lautet:

Die unter dem 9. d. M. eingereichte Gegenvorstellung und Bitte abseiten des Zieglermeisters Töns Lenger zu Altrahlstedt, Imploraten,

wider

den Ziegeleipächter Carl Schönborn zu Hamburg, Imploranten,

ppltr. wegen Räumung einer Wohnung, jetzt wider das Mandat vom 6./8. April a. c.,

wird dem Letzteren nebst Anlage in Abschrift hieneben mitgetheilt und wird dem Imploraten unverhalten, daß auf seine Anträge nicht einzutreten stehet, vielmehr es bei dem Mandate vom 6. d. M. sein Bewenden behalten müsse, da, abgesehen von dem vom Imploranten vorgelegten Document, über die unter den Parteien obwaltenden hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse nur das liquide constirt, daß sie in einem Vertragsverhältniß als Arbeitsgeber und Arbeitsnehmer gestanden haben, ein solches Verhältniß aber an und für sich, sofern nicht specielle entgegenstehende Vereinbarungen, wie hier nicht der Fall, nachgewiesen worden, dem Arbeitsnehmer Retentionseinreden zu gewähren nicht geeignet erscheint, welche dem bereits aus der Natur der Sache folgenden Rechte des Principals auf Räumung des Seinigen mit Erfolg opponirt werden könnten.

Die Anlage erfolgt hiebei an den Imploraten zurück.

Gericht für das Amt Trittau. Trittau, den 14. April 1864.

Digitized by Google

in Erwägung, daß die Vereinbarung der Parteien vom 11. October v. J. außerhalb Landes zwischen einem Ausländer und einem Einheimischen geschlossen worden ist und also nach § 16 der Stempelpapierverordnung vom 31. October 1804 nicht auf Stempelpapier errichtet zu werden brauchte, sondern erst für ihre Producirung bei einem inländischen Gerichte auf dem vorschriftsmäßigen Stempelpapier abzuschreiben war, folgeweise die im § 14 der Stempelpapierverordnung über die Nichtverbindlikeit der nicht rechtzeitig solennisirten Appunktuationen enthaltenen Vorschrift auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden kann;

in fernerer Erwägung, daß nicht auf Erfüllung dieser Vereinbarung geklagt, dieselbe vielmehr nur producirt worden ist, um das zwischen Parteien früher bestandene Verhältniß in dieser Hinsicht als erledigt zu docciren und demnach das fernere Wohnen des Supplicanten als ein factum nullo jure justificabile erscheinen zu lassen, indem es im § 14 heißt, daß, falls das Engagement für das Jahr 1864 nicht wieder erneuert werde, der Supplicant die Wohnung am 1. März 1864 zu räumen habe, daß daher der Ermissionsantrag durch eine Berufung auf die nach der Vereinbarung dem Supplicaten obliegenden Verpflichtungen nicht elidirt zu werden vermag, vielmehr nur eine Retentionseinrede wirksam sein könnte, eine solche aber in den behaupteten Gegenforderungen, da denselben sowohl die Connexität als die im Ermissionsverfahren erforderliche Liquidität mangelt, nicht enthalten ist,

hierdurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 6. Juni 1864.

Die Gebührenfreiheit der bei den Oberdicasterien Angestellten.

Nachdem die verwittwete Frau Geheime-Conferenzräthin, Kammerherrin und Landräthin v. Bülow, geb. v. Varendorff, im December 1861 mit Tode abgegangen war, wurde ein von ihr errichtetes Testament vom Obergerichte publicirt. In diesem Testament waren die Kinder ihres wail. Ehemannes Landraths von Bülow zu Erben eingesetzt und ihr Sohn, der Kammerherr von Bülow auf Bothkamp, mit der Vollziehung der letztwilligen Dispositionen beauftragt. Dem Letzteren in seiner Eigenschaft als Testamentsexecutor wurde sodann in Gemäßheit des § 8 der Verordnung vom 30. August 1859, betreffend die Form letztwilliger Verfügungen, mittelst Decrets vom 2. Juli 1863 aufgegeben, die ¼ pCt. vom reinen Vermögen betragende Gebühr für die Publication des Testaments der Verstorbenen mit 812 ℛ℔ R.-M. portofrei an die obergerichtliche Sportelkasse einzusenden. Gegen dieses Decret kam der Kammerherr von Bülow mit einer Vorstellung ein, worin er unter Berufung darauf, daß sein verstorbener Vater als früherer Landrath bei dem Oberdicasterio Gebührenfreiheit genoß und dessen Wittwe, die Testatrix, sich derselben Freiheit erfreute, die Ansicht aussprach, daß eine Gebühr für die Publication des Testaments nicht zu erlegen sei, und daher die Wiederaufhebung des Zahlungsbefehls beantragte.

Nach dem Erachten des Obergerichts erschien diese Remonstration als nicht begründet. Es konnte sich nämlich nur darum handeln, ob dem Supplicanten selbst und dessen Geschwistern die Gebührenfreiheit vor den Oberdicasterien zustehe, nicht ob dieselbe seiner verstorbenen Mutter zugestanden habe. Denn wenn der § 17 der Instruction für die Holsteinischen Oberdicasterien den bei denselben Angestellten, ihren Ehefrauen, sowie ihren Wittwen und Kindern unter gewissen Voraussetzungen die Gebührenfreiheit in den bei den Oberdicasterien vorkommenden Erbschaftsregulirungen bewilligt, so wird der Sinn dieser Bestimmung doch nur der sein können, daß die angeführten Personen keine Gebühren zu erlegen haben, wenn sie bei einer bei den Oberdicasterien zu regulirenden Erbschaft als Erben betheiligt sind, nicht aber daß auch bei einer Regulirung ihres eigenen Nachlasses keine Gebühr genommen werden soll, mag bei diesem ein für sich in Betreff der Gebühren privilegirter oder ein nicht privilegirter Erbe in Betracht kommen. Denn wollte man letzteres annehmen, so wäre in sehr vielen Fällen die Gebührenfreiheit einer zu den Oberdicasterien überall nicht in Beziehung stehenden Person ertheilt, was doch schwerlich die Absicht der Gesetzgebung gewesen sein wird. Fragte man nun aber, ob der Supplicant Kammerherr v. Bülow oder dessen

Digitized by Google

Geschwister bei den Oberdicasterien frei von Gebühren seien, so war diese Frage natürlich zu verneinen, wenn ihr verstorbener Vater zur Zeit seines Ablebens nicht mehr als ein bei den Oberdicasterien Angestellter zu betrachten war; aber auch, wenn das Gegentheil der Fall wäre, mußte man zu demselben Resultate gelangen, da nach dem citirten § 17 der obergerichtlichen Instruction die Begünstigung der Gebührenfreiheit den Kindern der bei den Oberdicasterien Angestellten nur bis zu ihrer Volljährigkeit oder Trennung der Oeconomie zugestanden ist. Es wurde daher folgender Bescheid abgegeben:

Auf die unterm 8. d. M. hier eingangenen Vorstellung und Bitte des Kammerherrn von Bülow auf Bothkamp, Supplicanten,

betreffend Aufhebung des Zahlungsbefehls vom 2. Juli 1863,

wird von Obergerichtswegen dem Supplicanten hiemittelst zum Bescheide gegeben, daß, da der wail. Geh. Conferenzrath von Bülow auf Bothkamp und Bossee zur Zeit seines Todes nicht als Landrath bei den Königlichen Oberdicasterien angestellt gewesen, für die Publication des Testaments der Wittwe desselben eine Gebührenfreiheit nicht in Anspruch genommen werden können.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 16. Juli 1863.

Der hiergegen ergriffene Recurs an das Oberappellationsgericht hat nachstehenden Bescheid zur Folge:

Auf die unterm 25. August 1863 hieselbst eingereichte Beschwerde des Kammerherrn von Bülow auf Rothkamp,

betreffend die Gebühr für die Publication des Testamentes der wail. Geh. Conferenzräthin, Kammerherrin und Landräthin von Bülow, geb. von Bahrendorff in Kiel, jetzt gegen die Bescheide des Holsteinischen Obergerichts vom 2. und 16. Juli 1863,

wird, nachdem der Bericht des Holsteinischen Obergerichts unterm 11. April d. J. hieselbst eingegangen ist,

in Erwägung, daß nach dem § 17 der Gerichtsordnung für die dem Oberappellationsgerichte unmittelbar untergeordneten Landesdicasterien die Kinder und Erben der Geheimen Conferenzräthin von Bülow auf gebührenfreie Publication ihres Testaments nur dann einen Anspruch haben würden, wenn ihr verstorbener Vater bei den Holsteinischen Oberdicasterien angestellt gewesen wäre und wenn sie bei dem Tode ihrer Mutter noch unmündig gewesen wären oder eine Trennung der Oeconomie nicht stattgefunden hätte, daß indessen in dem vorliegenden Falle diese Voraussetzungen nicht vorhanden sind, weshalb die Beschwerde sich als unbegründet darstellt,

hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzoglich Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 11. Mai 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Das Wechselversprechen begründet als solches auch allenthalben im Herzogthum Schleswig eine klagbare Verbindlichkeit. — Anwendung der Vorschriften der Stempelpapierverordnung auf Wechsel.

In Sachen des Fabrikanten Th. Peters & Co. in Kiel, Imploranten, jetzt Supplicanten,

wider

den Gastwirth Anton Sönckſen in Süderstapel, Imploraten, jetzt Supplicaten,

hauptsächlich wegen 58 ℛ 40 ß R.-M., s. w. d. a., jetzt Supplication gegen einen Bescheid der Stapelholmer Landvogtei vom 27./28. April 1864,

ergeben die Acten:

Der Implorant hat bei einem an die Stapelholmer Landvogtei gerichteten Mandatsgesuch einen Wechsel in Original und in einer auf einem Stempelbogen erster Classe Nr. 2 ausgefertigten Abschrift vorgelegt, welche so lautet:

Digitized by Google

Den 1. October 1860.

Kiel, den 1. November 1859.

Rthlr. 58. 40 ß.

Angenommen A. Sönckſen.

Elf Monat nach Dato zahlen Sie gegen dieſen Primawechſel an die Ordre von uns ſelbſt Rthlr. Acht und fünfzig auch 40 Schillinge den Werth in Rechnung und ſtellen es auf Rechnung laut / ohne Bericht.

pr. Th. Peters & Co.

Herrn A. Sönckſen in Huſum. Wriedt.

Unter der Bemerkung, daß der Implorat Mahnens unerachtet ſeine liquide Zahlungsverbindlichkeit nicht erfüllt habe, hat der Implorant gebeten, jenem den Befehl zu ertheilen, die libellirten 58 ℛ 40 ß R.-M. nebſt 5 % Verzugszinſen ſeit dem 1. October 1860 als dem Verfalltage innerhalb 4 Wochen ab ins. an den Imploranten zu bezahlen, demſelben auch gleichzeitig die mit 4 ℛ 60 ß R.-M. verzeichneten Koſten zu erſtatten. Die Landvogtei hat das beantragte Mandat am 30. Mai 1863 abgegeben und die Koſten zu 4 ℛ 48 ß R.-M. beſtimmt. Der Implorat hat gegen das Mandat die Einrede der fehlenden Valuta, und des daher nicht richtig formirten Mandatsproceſſes eingewandt und zu deren Begründung weiter ausgeführt: Die Worte des Documents „den Werth in Rechnung" laſſen den Rechtsgrund der Forderung nicht ſo klar erkennen, wie ſolches nach § 6 der Verordnung vom 25. Juli 1781 für den unbedingten Mandatsproceß vorgeſchrieben ſei, und die Grundſätze des materiellen Wechſelrechts kommen im Herzogthum Schleswig nicht zur Anwendung. Eventuell hat der Implorat die Einrede der Zuvielforderung opponirt, weil nach der Flensburger Wechſelordnung ein Stempelbogen zweiter Klaſſe für die Abſchrift des Wechſels genügt habe. Der Implorat hat um Aufhebung des Mandats ref. exp. gebeten, event. um Compenſation der Koſten. Es iſt re- und duplicirt und darauf von der Stapelholmer Landvogtei am 27. April 1864 erkannt worden, daß das Mandat vom 30. Mai 1863 wiederum aufzuheben, Implorant auch ſchuldig ſei, dem Imploraten die Proceßkoſten d. e. m. s. zu erſtatten*).

*) Entſcheidungsgründe:

In Erwägung, daß es bei dem Mangel einer für das Herzogthum Schleswig allgemein gültigen Wechſelordnung im vorliegenden Falle nur darauf ankommen kann, ob der vom Supplicanten producirte Wechſel die nach der Verordnung vom 25. Juli 1781 nöthigen Erforderniſſe einer klaren, mit keinem ſichtbaren Mangel behafteten Schuldverſchreibung an ſich trägt;

in Erwägung, daß nach dem Geiſte der Verordnung vom 25. Juli 1731 unter dem Ausdruck „klare Schuldverſchreibungen" nur ſolche Documente zu verſtehen ſind, welche den Grund der Zahlpflichtigkeit (causa debendi) klar und verſtändlich, mithin ſo ſpeciell und beſtimmt, daß hierüber keine Ungewißheit oder Dunkelheit herrſchen kann, enthalten;

in Erwägung, daß der in dem producirten Wechſel enthaltene Zuſatz „Werth in Rechnung" als keine klare causa debendi erſcheinen kann, da er in ganz unbeſtimmter Weiſe nur die Angabe eines Rechnungsverhältniſſes enthält, es alſo z. B. vollſtändig ungewiß läßt, ob die Valuta als eine Schuld des Supplicanten, oder als ein von demſelben gewünſchter Vorſchuß aufzufaſſen iſt.

Der Implorant hat hiergegen zeitig die Supplication eingewandt und verfolgt. Derſelbe hat ſich darüber beſchwert:

1) daß wie geſchehen und nicht vielmehr nach dem Antrage der Replik dahin verabſchiedet worden, daß Implorat Einwendens unerachtet ſchuldig ſei, dem Mandat vom 30. Mai 1863 nunmehr bei Vermeidung der Wardirung innerhalb 14 Tagen ab insin. zu geleben, unter gleichzeitiger Erſtattung der Koſten der Replik; in omnem eventum,
2) daß nicht mindeſtens die Koſten des Schriftwechſels verglichen worden.

Nachdem nun die Gegenerklärung eingezogen iſt, wird,

in Erwägung, daß die civilrechtliche Bedeutung des Wechſels weſentlich darin beſteht, daß das in demſelben enthaltene Zahlungsverſprechen ohne Rückſicht auf die zu Grunde liegende causa ſchon kraft der gewählten Wechſelform eine klagbare Verpflichtung begründet, und daß dieſe Bedeutung dem Wechſel auch im Herzogthum Schleswig, obgleich hier, abgeſehen von den Städten Flensburg und Friedrichſtadt, der Wechſelproceß mit der ſogen. Wechſelſtrenge nicht eingeführt iſt, beigelegt werden muß, indem das Inſtitut des Wechſels als ſolches, wie bei allen Culturvölkern, ſo auch im Her-

Digitized by Google

zogthum Schleswig, schon seit langer Zeit unzweifelhaft zur Anerkennung gelangt ist;

in Erwägung, daß daher, wenn auch im Allgemeinen im unbedingten Mandatsproceß nur solche Verschreibungen als liquide Documente anzusehen sind, aus denen die dem Zahlungsversprechen zu Grunde liegende causa sich mit Sicherheit erkennen läßt, doch das in einem kaufmännischen Wechsel gegebene Zahlungsversprechen, auch wenn keine causa debendi sich im Wechsel angegeben findet, als genügend angesehen werden muß;

in Erwägung ferner, daß die Vorschrift in Betreff der Belegung trassirter Wechsel mit Stempelpapier zweiter Klasse, welche im § 19 der für die Stadt Flensburg am 17. August 1843 erlassenen Wechselordnung enthalten ist, für andere Districte die allgemeine Vorschrift im § 2 der Verordnung vom 31. October 1804 nicht aufhebt, noch welcher simple Wechsel, sobald solche gerichtlich producirt werden, mit einer Abschrift auf Stempelpapier der ersten Classe zu belegen sind,

auf die unterm 18. Mai d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung des Supplicanten bei Retradirung der Originalanlagen der Vorstellung hiemittelst zum Bescheide ertheilt:

daß unter Compensation der Kosten dieser Instanz der Bescheid der Landvogtei zu Süderstapel vom 27. April 1864 wiederum aufzuheben, und daß Implorat schuldig sei, dem Mandat vom 30. Mai 1863 innerhalb 14 Tagen ab insin. bei Vermeidung der Wardirung zu geleben, dem Imploranten auch binnen gleicher Frist und unter gleichem Präjudiz die durch die Replik veranlaßten, bereits zu 9 ℛ 12 ß R.-M. bestimmten Kosten zu erstatten.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 23. August 1864.

Criminalfall.

Widerrufenes Geständniß.

In Untersuchungssachen wider Julius Fieler aus dem Süderhohlwege und den Korbmacher L. Petersen aus Synderup,

wegen Diebstahls,

wird, nachdem in Folge der von dem Obersachwalter am 28. April 1864 eingereichten Supplicationsschrift wider das von dem Husbye-Harder Criminalgericht am 26. März 1864 publicirte, die Angeschuldigten freisprechende Erkenntniß von dem Appellationsgericht am 17. Mai 1864 dem gedachten Criminalgericht unter Suspendirung des Erkenntnisses aufgegeben worden ist, die Untersuchung in näher angegebener Richtung, so viel thunlich, zu vervollständigen, und nachdem die Acten mit Bericht des Criminalgerichts am 28. Juni 1864 hieselbst wieder eingegangen sind,

in Erwägung, daß der Preußische Soldat Greiling, der, während er auf Synderuphof cantonnirte, daselbst im Stall schlief, nach seiner unverdächtigen Aussage am 7. März 1864 Morgens gegen 6 Uhr seinen Militärmantel und Waffenrock, in deren Taschen 3 ℛ 2½ ß Cour. und einige Kleinigkeiten befindlich, vermißt hat, welche, als er am 6. März Abends 10 Uhr sich zum Schlafen legte, im Stalle etwa 10 Schritt von seiner Lagerstätte und etwa 5 Schritt von der Thür entfernt hingen; daß ferner der gleichfalls auf Synderuphof cantonnirende und daselbst im Stall schlafende Preußische Soldat Nickel nach seiner unverdächtigen Aussage am 7. März 1864 seinen Mantelsack mit einigen darin enthaltenen Kleidungsstücken vermißt hat, welche er noch am Tage vorher im Stalle auf seinem Mantelsack hatte liegen sehen; daß nach einer Anzeige des damals auf Synderuphof cantonnirenden Hauptmanns Burchard der Verdacht sogleich auf Julius Fieler gefallen ist, welcher am 5. März 1864 seines Dienstes als Knecht auf Synderuphof entlassen, am 6. desselben Monats Abends daselbst gesehen und am andern Morgen verschwunden war; daß Fieler am 8. März 1864 aus Flensburg vor den Hauptmann Burchard beordert, von diesem auf die in Folge beharrlichen Leugnens weit härter ausfallende Strafe aufmerksam gemacht worden ist, aber dem Hauptmann gegenüber die That geleugnet hat; daß nach der Aussage des Sergeanten Kühnau demnächst dieser dem Fieler zuletzt auf „energische Weise“ zugeredet hat, er möge nur gestehen, er komme dann entschieden besser, vielleicht ohne Strafe weg, bei fortgesetztem Leugnen habe er harte Strafe zu gewärtigen, und daß darauf Fieler gesagt habe: „ich will es gestehen, ich habe die Sachen genommen“, auch ihm auf Anfordern den Nagel gezeigt habe, von

Digitized by Google

welchem er die Sachen herabgenommen, und daß ihm, dem Sergeanten, von den Bestohlenen genau der nämliche Ort als derjenige bezeichnet sei, wo die Sachen vor der Entwendung gehangen hätten; daß auf die Anzeige des Hauptmanns Burchard, Fieler habe den Diebstahl unter der Angabe eingestanden, daß er durch den Korbmacher L. Petersen zu der That verleitet sei und diesem die gestohlenen Sachen sofort nach ausgeführtem Diebstahl ausgehändigt habe, nachdem dagegen Petersen geleugnet habe, — die Husbye Hardesvogtei eine Untersuchung gegen die verhafteten Fieler und Petersen eingeleitet hat; daß jedoch beide die That geleugnet haben, Fieler unter dem Hinzufügen, er habe nur aus Furcht vor Mißhandlung vor dem Haupt- die Thäterschaft eingestanden; daß ferner Fieler auf ernstliches Zureden der Hardesvogtei, welche ihn auf die im Fall seiner Unschuld nicht mehr erklärlichen Zusätze seines Geständnisses aufmerksam machte, eingeräumt hat, von Petersen verleitet den Diebstahl begangen zu haben, und ein reuiges Geständniß über den ganzen Zusammenhang der Sache zugesagt hat, wenn ihm, der sich einigermaaßen befangen fühle, hierzu Zeit bis zum folgenden Tage gegeben werde; daß Fieler am folgenden Tage vor der Hardesvogtei gestanden hat: einige Tage vor dem Diebstahl habe er dem Petersen auf dessen Frage, wie es auf dem Hofe stehe, geantwortet, es lasse sich wohl etwas entwenden, er wolle es herausholen, — so wären im Stall ein Mantel, ein Rock und ein Mantelsack, die könne er sich leicht aneignen, — in Gemäßheit der in dieser Veranlassung getroffenen Verabredung habe er die auf Synderuphof in der Knechtkammer versammelten Soldaten, zu denen er am Sonntag Abend gegangen, um 10 Uhr verlassen, habe Petersen in der Einfahrt zum Hofe getroffen, sei in den Stall gegangen, worin es ganz dunkel, und worin weder von den Soldaten noch von den Knechten Jemand gewesen, habe die Sachen, die er am nämlichen Platz gefunden, wo sie früher gelegen, sich angeeignet und selbige, nämlich einen Mantelsack, einen Mantel und einen Rock, ohne die Taschen der Kleidungsstücke und den Mantelsack untersucht zu haben, dem draußen stehenden Petersen übergeben, der sich mit den Sachen entfernt; daß ferner Fieler den Vorgang nicht nur bei seiner am nämlichen Tage vor der Hardesvogtei stattgehabten Confrontation mit Petersen übereinstimmend erzählt, sondern auch am 15. März 1864 vor dem Criminalgericht ein in der Hauptsache gleichlautendes Geständniß abgelegt hat, jedoch namentlich mit der Abweichung, daß er am Sonntag Abend von 9 bis 9½ Uhr nach Synderuphof gegangen, dort Lorenz Petersen der Verabredung gemäß auf dem Hofe getroffen und den Diebstahl ausgeführt habe; daß Fieler aber, als er mit Petersen vor dem Criminalgericht confrontirt wurde, behauptet hat, er habe bisher nur aus Furcht die Unwahrheit gesprochen, er sei an jenem Sonntag Abend nicht auf dem Hofe gewesen und habe den Diebstahl nicht begangen, aus Furcht vor dem Hauptmann habe er ein Geständniß abgelegt; daß Fieler später seine Unschuld wiederholt betheuert hat, zuletzt am 30. Mai 1864 vor dem Criminalgericht unter der Erklärung: er habe vor dem Hauptmann ein Geständniß abgelegt, weil derselbe ihm gedroht und namentlich gesagt habe, er werde ihn erschießen lassen, wenn er nicht gestehe; ein Feldwebel habe ihn am Kragen gegriffen und über einen Kasten geworfen; solchergestalt eingeschüchtert, habe er den Diebstahl eingestanden und vor der Hardesvogtei das Geständniß wiederholt, weil er geglaubt, von dem einmal Gesagten nicht abweichen zu können; auf das Zeugniß von Kähler und und Fürstenberg könne er sich berufen, daß er am Abend, als der Diebstahl begangen, bei ihnen gewesen;

in Erwägung ferner, daß Petersen die ihm angeschuldigte Theilnahme am Diebstahl stets geleugnet hat, daß weder in Folge der bei ihm vorgenommenen Haussuchung, noch anderweitig durch die Untersuchung erhebliche Indicien sich gegen ihn ergeben haben, daß im Gegentheil durch Einen glaubhaften Zeugen, dessen Aussagen von drei, wenn gleich verdächtigen Zeugen bestätigt wird, Petersen's Anwesenheit in seinem Hause zu der Zeit, als behauptlich die That vollzogen wurde, so ziemlich nachgewiesen ist;

in Erwägung ferner, daß Fielers Anwesenheit in Flensburg und dessen Zusammensein mit Kähler und Fürstenberg am Sonntag Abend von etwa 7 bis 9 Uhr von diesen, und mit Jensen von 9 bis kurz vor 10 Uhr von Letzterem in glaubhafter Weise bezeugt worden ist, und daß der im Süderhohlwege wohnende Vater Fielers ausgesagt hat, sein Sohn sei am Sonntag etwa um 10 Uhr zu Bett gegangen und während der Nacht nicht aus dem Bett, geschweige denn aus dem Hause gewesen;

in Erwägung ferner, daß von 21 Preußischen Sol-

Digitized by Google

daten Keiner den ihnen Allen bekannten Fieler am Sonntag Abend auf Synderuphof gesehen hat, obgleich sie, wie gewöhnlich, wohl auch an jenem Tage bis 10 Uhr Abends in der Gesindestube sich aufgehalten haben;

in Erwägung ferner, daß die Bestohlenen am Sonntag Abend um 10 Uhr sich zum Schlafen niedergelegt haben, nachdem Greiling vorher sein Geld und verschiedene Kleinigkeiten in die Taschen seines Mantels und Rocks gesteckt hatte, daß also Beide zu der Zeit im Stall gewesen sind, als nach Fielers Angabe der Mantel und Rock gestohlen wurde;

in Erwägung ferner, daß gegenüber diesen Umständen, welche erhebliche Zweifel gegen die Wahrheit der von Fieler eingestandenen That veranlassen, keine das Geständniß erheblich unterstützende Thatsachen ermittelt worden sind, da die Anwesenheit Fielers auf Synderuphof am Sonntag etwa um 7 Uhr, nachdem er bei dem Schuster Franzen in Synderup, wie von diesem bestätigt wird, sich nach seinen Schuhen erkundigt hatte, aufgeklärt wird durch seine an sich nicht unglaubhafte Angabe, er habe auf dem Rückwege seine alten Kleider vom Hofe geholt; da ferner der Umstand, daß nach Kühnau's Aussage Fieler ihm den auch von den Bestohlenen ihm bezeichneten Nagel gezeigt habe, an welchem die Sachen gehangen, in Betreff des Greilingschen Mantels und Waffenrocks dadurch erklärt wird, daß Greiling am 10. März 1864 deponirt hat, er habe seine Kleidungsstücke bei seinen Pferden im Stall hängen gehabt und Fieler habe hievon genau Bescheid gewußt, während jene Aussage in Betreff des Nickelschen Mantelsacks mit der Deposition des Bestohlenen vom 15. März 1864 nicht übereinstimmt, zufolge deren er seinen Mantelsack am Sonntag auf seinem Sattel hat liegen sehen; da endlich Fielers Bezeichnung eines Mantels, eines Rocks und eines Mantelsacks als der gestohlenen Sachen, welche, so viel die Acten ergeben, zum ersten Male am 10. März 1864 vor der Hardesvogtei vorgekommen ist, sehr wohl sich dadurch erklären läßt, daß Fieler, welcher wegen eines Diebstahls von dem Hauptmann Burchard von Flensburg nach Synderuphof beordret, dort in der beschriebenen Weise vernommen und darauf vom Militär nach Flensburg geführt wurde, in dieser Veranlassung erfahren hat, daß ein Mantel, ein Rock und ein Mantelsack gestohlen worden;

in Erwägung endlich, daß der am 27. Juli 1845 geborene Fieler nach dem Zeugnisse seines Lehrers sehr einfältig ist und aus Furcht vor den Neckereien seiner Mitschüler sich von deren Spielen entfernt gehalten hat; daß der Prediger, welcher ihn confirmirt hat, Fieler's sehr beschränkten Verstand und kümmerliche Begabung bezeugt hat; daß zwei Mädchen, welche mit ihm auf Synderuphof gedient, ihn als einfältig, und daß zwei Nachbaren seines Vaters mit Fieler, der sehr einfältig sei, ihren Scherz getrieben haben; daß der Vorsitzende des Criminalgerichts am 30. Mai 1864 die Bemerkung zu Protocoll gegeben hat, Fieler mache auf ihn den Eindruck eines so beschränkten Menschen, wie man solche gewöhnlich als Idioten bezeichne, seine Körperbeschaffenheit sei eine schwächliche, sein Gesicht drücke Stumpfsinn aus; daß bei einer solchen Persönlichkeit es nicht unwahrscheinlich ist, daß Fieler, dem kräftig auf ihn einwirkenden Willen des Sergeanten nachgebend, wahrheitswidrig sich schuldig bekannt, und daß er, eben weil er dieses gethan, auch dem ernstlichen Zureden des Hardesvogts keinen Widerstand zu leisten vermocht habe, daß demnach der Widerruf des Geständnisses als ein völlig unmotivirter nicht zu betrachten ist,

für Recht erkannt:

daß das von dem Husbye-Harder Criminalgericht am 26. März 1864 publicirte, die Angeschuldigten freisprechende Erkenntniß seinem ganzen Inhalt nach zu bestätigen sei.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig zu Flensburg, den 15. Juli 1864.

Berichtigung.

In dem 41. Stücke der Anzeigen d. J. ist S. 290, Sp. 2, Z. 24–26 v. o. zu lesen: „Zeugeneid **oder** eine eidesstattliche Versicherung **von** beiden Parteien erlassen ist, hat **der** erste Zeuge".

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

44. Stück. — Den 31. October 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Nach § 7 des Segeberger Justiz-Reglements muß der Kläger, welcher von dem laudum des Amthauses an das ordinarium provocirt, bei Verlust seines Rechts die Sache zum nächsten, event. nächstfolgenden Amtsgericht einciiren. Die Einreichung eines vom Gericht zurückgewiesenen Ladungsgesuchs ist der wirklichen Ausbringung einer Ladung nicht gleichzustellen. Die Kosten der Deserterklärung der Provocation fallen dem Kläger zur Last.

In Sachen des Mädchens Anna Behn in Bebensee, c. c. Klägerin, Provocantin, jetzt Supplicantin,

wider

den Dienstknecht Christian Grund daselbst, Beklagten, Provocaten, jetzt Supplicaten,

hauptsächlich wegen Schwängerung, daher Provocation ad ord., jetzt Supplication wider den Bescheid des Segeberger Amtsgerichts vom 9. April d. J.,

ergeben die Acten:

Die Klägerin, welche den Beklagten wegen außerehelicher Schwängerung in Anspruch genommen hat, provocirte von dem von dem Segeberger Amthause unterm 7. November v. J. abgegebenen laudum an das ordinarium, worauf ihr durch Decret des Amthauses vom 17. s. M. zum Bescheide gegeben ward, daß die Sache ad ordinarium zu verweisen sei, sie daher, falls sie in Ruhe zu stehen nicht gesonnen sei, zum nächsten Ostern-Amtsgericht rechtsbehörig Ladung auszubringen habe.

Sie reichte darauf unterm 7. März d. J. ihre Klage bei dem Segeberger Amtsgericht mit dem Antrage auf Anberaumung eines Verhandlungstermins auf die Oster-Juridica ein, erhielt aber von diesem am 8. s. M. unter Retradirung ihrer Klagschrift zum Bescheide, daß, da nach der Vorschrift vom 18. Febr. 1823 keine Ladung abgegeben werden solle, ohne dem Beklagten eine vierwöchige Ueberlegungsfrist einzuräumen, die beantragte Ladung zu dem am 4. April d. J. abzuhaltenden nächsten Amtsgerichtstermin nicht habe abgegeben werden können.

Nun reichte der Beklagte am 5. April d. J. eine Vorstellung bei dem Amtsgericht ein, worin er unter Berufung auf den § 7 des Segeberger Justiz-Reglements die Deserterklärung der gegnerischen Provocation beantragte, und es ward darauf von diesem unterm 9. s. M. erkannt, daß die eingelegte Provocation für desert und das durch solche Provocation erworbene Klagrecht für erloschen zu erklären, Klägerin auch schuldig sei, dem Beklagten die ihm durch das Verfahren erwachsenen Kosten, deren Verzeichnung und gerichtliche Bestimmung vorbehältlich, innerhalb 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Gegen dies Präclusivdecret remonstrirte die Klägerin in einer am 22. April d. J. beschafften Eingabe. Sie bestritt, daß die allegirte Bestimmung des Segeberger Justiz-Reglements noch practisch und neben der

Digitized by Google

Verordnung vom 18. Februar 1823 noch anwendbar sei, und behauptete, daß die Nichtbeobachtung der letzteren Seitens des Klägers bei Einreichung seines Ladungsgesuchs nicht die unter andern Bedingungen von dem Segeberger Justiz-Reglement verordnete Sachfälligkeit des Klägers zur Folge haben könne; sie berief sich darauf, daß sie ihrerseits den ihr obliegenden Verpflichtungen dadurch, daß sie um Ladung gebeten habe, nachgekommen und daß es eventuell Sache des Amtsgerichts gewesen sei, von Amtswegen die Ladung auf die nächstfolgende zweite Juridica abzugeben, und stellte in omnem eventum ihre Verpflichtung zur Kostenerstattung in Abrede, weil der Präclusionsantrag unnöthig gewesen, der Beklagte sich vielmehr immer mit der except. desert. provocat. gegen eine ihrerseitige Klage habe schützen können. Eventuell ward von der Klägerin das Rechtsmittel der Supplication eingewandt.

Es ward derselben hierauf durch Decret des Amtsgerichts vom 25. April d. J. zu erkennen gegeben, daß auf ihren Antrag wegen Aufhebung des Decrets vom 9. s. M. daselbst nicht habe eingetreten werden können, und es hat nun die Klägerin hierher supplicirt und die Aufhebung des gedachten Decrets unter Verurtheilung des Beklagten zur Erstattung der durch ihre Remonstration ihr verursachten Kosten beantragt.

Es steht zur Frage, ob dieser Antrag begründet ist.

In Erwägung nun, daß gar nicht ersichtlich ist, weshalb die Bestimmung des § 7 des Segeberger Justizreglements durch die mit ihr gar nicht in Widerspruch stehende Vorschrift vom 18. Februar 1823 ihre Geltung sollte verloren haben, daß aber, da die letztere auch für das Amt Segeberg zur Anwendung zu bringen, es selbstverständlich nach den Bestimmungen derselben im einzelnen Fall zu ermessen ist, ob es für den Provocanten noch thunlich ist, eine Ladung zur nächsten Juridica auszubringen, und ob die Ladung von ihm rechtzeitig ausgebracht worden ist;

in Erwägung, daß in dem vorliegenden Falle, wo das Remissorialdecret am 17. November v. J. abgegeben war, es für die Supplicantin vollkommen thunlich gewesen wäre, die Ladung auf die nächste, d. h. die Ostern-Juridica auszubringen, wie ihr dies auch in diesem Decrete zur Pflicht gemacht worden war, und daher das Amtsgericht gar nicht befugt gewesen wäre, statt der beantragten Ladung auf die nächste Juridica eine Ladung auf die nächstfolgende abzugeben, dasselbe vielmehr richtig gehandelt hat, als es die Supplicantin auf Grund der Vorschrift vom 18. Februar 1823 mit ihrem Ladungsgesuche zurückwies;

in Erwägung, daß die Einreichung eines demnächst von dem Gerichte zurückgewiesenen Ladungsgesuches keineswegs der wirklichen Ausbringung einer Ladung gleichzustellen ist, daß daher Supplicantin der Verpflichtung, welche nach dem § 7 des Segeberger Justizreglements und dem Remissorialdecrete des Segeberger Amthauses ihr oblag, nicht nachgekommen ist und der von dem Supplicaten gestellte Präclusionsantrag begründet war, und

in Erwägung, daß die Verurtheilung der Supplicantin zur Kostenerstattung die nothwendige Folge der Erhörung dieses Antrags war, dieser auch keineswegs als ein unnöthiger bezeichnet werden kann, da das Interesse des Supplicaten, durch die Erwirkung der Präclusion der Erhebung einer Klage gegen ihn von Seiten der Gegnerin vorzubeugen, auf der Hand liegt,

wird der Supplicantin auf ihre sub praes. den den 3. Mai d. J. hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 2. Juni 1864.

Criminalfall.

Incest. Ob der Beweis als geführt zu erachten?

Von Obercriminalgerichtswegen

wird der Herzogl. Süderdithmarscher Landvogtei mit Beziehung auf den Bericht vom 28. v. M., betreffend die Untersuchung wider Anna Christina Dorothea Rohr und deren Stiefvater Heinrich Lorenzen Jessen in Tennsbüttel wegen Verdachts des Incestes, bei Remittirung der Untersuchungsacten hiedurch aufgegeben,

Digitized by Google

den Inculpaten das nachstehende Erkenntniß zu publiciren und für dessen Vollstreckung Sorge zu tragen.

In Erwägung

1) daß die Inculpatin Rohr bei ihrer am 8. December v. J. erfolgten außerehelichen Niederkunft in der Geburtsnoth ihren Stiefvater Jessen als Stuprator und dessen Wohnung als Schwängerungsort bezeichnet, sowie nach den beeidigten Aussagen der Hebamme Harbeck und der Ehefrau Sierks über den ihr gemachten Vorwurf, wie sie mit ihrem Stiefvater sich habe einlassen können, in leichtfertiger höhnischer Weise sich lustig gemacht hat, daß sie freilich in der Untersuchung beharrlich behauptet, das von ihr in der Geburtsnoth abgelegte Geständniß sei unwahr gewesen, daß jedoch diese Ausrede als unglaubwürdig erscheint, weil sie durch keinerlei Umstände und Gründe es hat erklärlich machen können, weshalb sie denn wahrheitswidrig ihren Stiefvater als Schwängerer angegeben habe, daß vielmehr

2) der nach ihrer anfänglichen Behauptung von ihrem Stiefvater Jessen ausgesprochene Wunsch, das Kind auf seinen Namen zu erhalten, so wie die übereinstimmende Angabe der beiden Inculpaten, daß sie während der Schwangerschaft der Inculpatin Rohr sich geeinigt hätten, sich zu ehelichen, der ganzen Sachlage nach nur darin ein verständliches Motiv findet, daß eben Jessen es war, welcher seine Stieftochter geschwängert hatte, wie denn auch andererseits die Namhaftmachung Jessen's als Vaters des Kindes nur mit Rücksicht auf die beabsichtigte Heirath zu erklären ist;

3) daß der in der Untersuchung von der Inculpatin als Stuprator bezeichnete Dienstknecht Nebe eidlich bezeugt, daß die Inculpatin, als sie einmal von einem Besuch bei ihrem Stiefvater zurückgekehrt sei, ihm erzählt habe, wie sie sich von ihrem Stiefvater schon wieder schwanger fühle, daß freilich dieser Zeuge, weil er selbst mit der Inculpatin concumbirt und also ein Interesse hat, die Vaterschaft von sich abzuwälzen, nicht als unparteiisch betrachtet werden kann, andererseits aber für seine Wahrheitsliebe der Umstand spricht, daß er den fleischlichen Verkehr mit der Inculpatin sofort und offen eingeräumt hat;

4) daß nach dem in der Untersuchung von der Inculpatin wiederholt abgelegten gerichtlichen Geständniß, dessen späterer Widerruf durch keine genügende Gründe unterstützt wird und daher nicht weiter zu berücksichtigen ist, sowie nach der eidlichen Aussage ihrer Schwester Margaretha Rohr, welche die Inculpaten bei einer derartigen Unzucht betroffen hat, als erwiesen anzusehen ist, daß die Inculpatin vor der Geburt ihres ersten Kindes, mithin vor dem 22. Februar 1858, als ihre Mutter noch lebte, mit ihrem Stiefvater mehrfachen incestuosen Ehebruch getrieben hat, daß zwar dieser Incest, weil mittlerweile das quinquennium abgelaufen und also die Verjährung des Verbrechens eingetreten ist, einer Bestrafung nicht unterzogen werden kann, indeß ein sehr erhebliches Inculpationsmoment bildet, insofern aus einem früher bestandenen verbotenen Umgang auf eine Fortsetzung desselben geschlossen werden muß, wenn, was hier der Fall, in den sonstigen Beziehungen der beiden Inculpaten zu einander durchaus gar keine Veränderung eingetreten ist;

in Erwägung, daß aus vorstehenden Gründen die Inculpatin Rohr ihres Läugnens ungeachtet eines mit ihrem Stiefvater innerhalb der Verjährungszeit begangenen Incestes ausreichend überführt und daß eine Zuchthausstrafe von kürzerer Dauer für dies Verbrechen angemessen ist;

in Erwägung, daß dagegen wider den Inculpaten Jessen ein zur Verurtheilung genügender Beweis nicht hergestellt worden ist, weil das Beweismaterial im Wesentlichen nur in den von der Inculpatin Rohr abgelegten gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnissen beruht, und daß daher gegen ihn eine absolutio ab instantia auszusprechen ist,

werden die Inculpatin Anna Christina Dorothea Rohr aus Heide wegen Incestes in eine halbjährige Zuchthausstrafe verurtheilt, der Inculpat Heinrich Lorenzen Jessen aus Friedrichsau, Amts Gottorf, wegen Verdachts begangenen Incestes von der Instanz absolvirt, beide Inculpaten auch schuldig erkannt, die sie betreffenden Untersuchungskosten, soweit sie des Vermögens, zu erstatten.

Herzoglich Holsteinisches Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 28. Juni 1864.

Die Inculpatin Rohr supplicirte gegen dies Straferkenntniß an das Oberappellationsgericht, worauf nachstehender Bescheid erfolgte:

Digitized by Google

Auf die am 19. August d. J. mit Bericht der Süderdithmarsischen Landvogtei hieselbst eingegangene Supplicationsschrift für die mittelst Rescripts des Holsteinischen Obercriminalgerichts vom 28. Juni d. J. wegen Incestes zu halbjähriger Zuchthausstrafe verurtheilte Anna Christina Dorothea Rohr aus Heide,

wird,

in Erwägung, daß zwar die in dem angefochtenen Erkenntniß zusammengestellten Indicien den dringenden Verdacht begründen, daß die Supplicantin das ihr angeschuldigte Verbrechen begangen habe, daß jedoch bei den erheblichen Zweifeln, welche sich gegen die Schlüssigkeit und gegen den Beweis einzelner als Indicien betrachteten Thatsachen erheben lassen und bei dem Mangel ihres Zusammentreffens in Beziehung auf einen bestimmten Zeitpunkt, für welchen der strafbare Umgang der Inculpatin mit ihrem Stiefvater als erwiesen angenommen werden könnte, ein zur Verurtheilung der Supplicantin genügender Beweis nicht vorliegt,

und in Erwägung andererseits, daß die Supplicantin durch ihr Verhalten, namentlich durch ihre der Hebamme gemachte Angabe über den Vater des am 8. December v. J. von ihr gebornen Kindes die Einleitung der wider sie geführten Untersuchung nothwendig gemacht hat;

hiemit zum Bescheide ertheilt:

daß das angefochtene Straferkenntniß dahin abzuändern sei, daß die Supplicantin in Betreff des ihr angeschuldigten Incestes von der Instanz absolvirt werde, sie jedoch schuldig sei, die betreffenden Untersuchungskosten, soweit sie des Vermögens, zu erstatten.

Die Rechnung des Defensors wird mit 65 ℛ genehmigt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzoglich Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 14. September 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Zur Liquidität eines Schulddocuments ist nach der Verordnung vom 25. Juli 1781 Angabe der causa debendi erforderlich. — Mehrere für dieselbe Verbindlichkeit haftende Schuldner können gleichzeitig in demselben Verfahren auf Erfüllung der Schuld belangt werden. — Die Fortdauer nachweislich begründeter Verpflichtungen wird bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet. — Die Annahme einer Bürgschaft, welche ohne beigefügte Zeitbestimmung dem Gläubiger durch Ueberlieferung der vom Bürgen unterschriebenen Bürgschaftsacte angeboten wird, ist gesetzlich an keine Zeitfrist gebunden.

In Sachen des Pastors J. G. Holst in Brecklum, Imploraten, jetzt Supplicanten,

wider

Carsten Sönksen in Langenhorn, Imploranten, jetzt Supplicaten,

pprlt. in pcto. deb. liq. 647 ℛ 79 ß, jetzt Supplication wider das Erkenntniß der Bredstedter Landvogtei vom $\frac{\text{31. December 1863}}{\text{6. Januar 1864}}$ betr.,

ergeben die Acten:

Der Implorant und jetzige Supplicat Carsten Sönksen hat am 16. Februar 1863 bei der Bredstedter Landvogtei wider die Wittwe des wail. Hans Th. Martensen in Bredstedt, Hauptschuldners, die Wittwe des wail. Kirchspielsgevollmächtigten Petersen in Brecklum, J. J. Magnussen daselbst, L. H. Lorenzen daselbst und den Pastor Holst daselbst, den jetzigen Supplicanten, ein Mandatsgesuch überreicht und in demselben angeführt:

Zufolge des angeschlossenen Schuldscheins, wörtlich folgenden Inhalts:

Ich Endesgenannter bekenne hiemit, daß ich von dem Eingesessenen Carsten Sönksen in Langenhorn 1600 Thaler R.-M., schreibe Ein

Digitized by Google

Tausend sechs Hundert Thaler grober Reichsmünze, baar empfangen habe, und verspreche, diese Summe mit 3¼ pCt. p. a. so lange zu verzinsen, bis das Capital an den Gläubiger oder dessen Ordre zurückbezahlt worden ist.

Bredstedt, den 30. September 1855.

H. Th. Martensen,
P. B. Petersen als Bürge,
J. J. Magnussen als Bürge,
L. H. Lorenzen als Bürge,
J. G. Holst als Bürge.

Prod. Königliches Bredstedter Actuariat, den 12. April 1861. Breede.

Pag. I.

Gebühr . . . . . — ℔ 19 ß,
„ . . . . . — „ 89 „
1 ℔ 12 ß,

habe der später verstorbene Hans Th. Martensen in Bredstedt von ihm 1600 ℔ zu 3¼ pCt. Jahreszinsen baar angeliehen erhalten, wofür vier Personen, unter ihnen der Pastor Holst in Brecklum, die Bürgschaft übernommen. Da über die Zeit der Zurückzahlung des Capitals nichts gesagt worden, sei das Capital zu jeder Zeit fällig gewesen; dennoch habe er am 12. März 1862 das Capital zur Zurückzahlung nach einem halben Jahre gekündigt. Die Verfallzeit sei demnach längst eingetreten.

Nach der Loskündigung seien ihm am 30. Mai 1862 aus der Nachlaßmasse des Hans Th. Martensen auf das Capital und die seit dem 30. September 1860 rückständigen Zinsen 1038 ℔ 81 ß bezahlt worden, so daß mithin vom Capital 647 ℔ 79 ß nebst Zinsen vom 1. Juni 1862 an restirten.

Diese Schuld hafte nicht nur auf dem ehelichen Vermögen des H. Th. Martensen und Ehefrau, sondern Letztere sei mit dafür verhaftet und hafte für besagten Rest, gleichwie die Bürgen, resp. deren Erben, selbstschuldnerisch dafür verhaftet seien.

Der Implorant hat um einen unbedingten Zahlungsbefehl wider die Wittwe Martensen und die vier Bürgen, und zwar wider erstere auf den ganzen Rest von 647 ℔ 79 ß nebst Zinsen und Kosten, wider jeden der Bürgen pro rata gebeten.

Das beantragte Mandat ist am 19./21. Februar 1863 abgegeben.

Der Mitimplorat Pastor Holst hat wider dieses Mandat rechtzeitig excipirt, indem er ausführt:

1) der Proceß sei unrichtig instruirt, weil die angebliche Forderung gleichzeitig gegen die Hauptschuldnerin und die vier Bürgen eingeklagt worden, in Folge dessen, wenn sämmtliche Imploraten dem Mandate gelebten, die Schuld zwei Mal bezahlt werden würde;
2) die eingeklagte Forderung sei nicht liquide, weil aus der dem Mandatsgesuch angeschlossenen Verschreibung weder die causa debendi, namentlich nicht, daß der Imploraut dem verstorbenen Martensen 1600 ℔ R.-M. geliehen, noch die Verpflichtung zur Zurückzahlung des Capitals hervorgehe, und weil, da nach eigner Angabe des Imploranten die Martensensche Nachlaßmasse einer Regulirung unterworfen, jedoch nicht in concursmäßiger Behandlung gewesen sei, und Implorant eine Quote seiner Forderung empfangen habe, zur Begründung seiner angeblichen Restforderung dem Mandatsgesuche die Acte hätte angelegt werden müssen, aus welcher zu ersehen, wie viel Implorant erhalten und ob er nicht mehr oder gar Alles habe erhalten können;
3) Implorat habe die Verschreibung nicht als Bürge unterschrieben und erbiete sich zum Diffensionseide;
4) die Bürgschaft, soweit sie den Imploraten angehe, sei nicht klagbar, weil es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und insbesondere für Geistliche nach dem Jütschen Low, Buch 2, Cap. 65, § 2 einer ausdrücklichen Annahme des Bürgen von Seiten des Gläubigers zur Klagbarkeit des Bürgschaftsverhältnisses bedürfe, und weil eine ausdrückliche Willenserklärung von Seiten des Gläubigers hier nicht vorliege.

Der Implorat bat um Aufhebung des Mandats, soweit es ihn betreffe, ref. exp.

In seiner Replik hat Implorant besonders ausgeführt, daß nach der Verordnung vom 25. Juli 1731 und einer constanten Praxis im Herzogthum Schleswig zur Begründung eines Mandatsgesuchs die Angabe der causa debendi in der Schuldverschreibung nicht erforderlich sei, daß übrigens in der fraglichen Schuldverschreibung unzweifelhaft die causa debendi enthalten sei.

Digitized by Google

Die Bredstedter Landvogtei hat hierauf mittelst Bescheides vom $\frac{\text{31. December 1863}}{\text{6. Januar 1864}}$ erkannt*):

könnte und würde Supplicat annoch in einem innerhalb 4 Wochen ab insin. von ihm zu beantragenden Schwörungstermin eidlich erhärten, wie es nicht wahr sei, daß er das in Rede stehende Document als Bürge mit unterschrieben habe, so werde, je nachdem dieser Eid von ihm geleistet worden oder nicht, in der Hauptsache wie der Kosten halber weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Gegen diesen Bescheid hat der Implorat hierher supplicirt und seine Beschwerde darin gesetzt:

daß wie geschehen und nicht vielmehr dahin erkannt ist, daß er mit den von ihm vorgeschützten Einreden, insbesondere der Einrede der fehlenden Liquidität, zu hören und daher seinem Exceptionalantrage gemäß zu erkennen sei.

Nach eingezogener Erklärung des Supplicaten steht demnach zur Frage, ob diese Beschwerde begründet ist.

In Erwägung nun, daß nach dem Jütschen Low jeder Bürge Selbstschuldner ist, daß aber, wenn sonst kein processualisches Hinderniß entgegen steht, der Gläubiger berechtigt ist, gegen mehrere Schuldner, welche ihm für dieselbe Schuld haften, gleichzeitig in demselben Verfahren zu klagen, und daß selbstverständlich durch die Gelebung des abgegebenen Mandats von Seiten der Hauptschuldnerin auch die Bürgen von ihrer Verbindlichkeit liberirt werden;

in Erwägung ferner, daß zwar auch die Verordnung vom 25. Juli 1781 zur Liquidität der Urkunde, auf welche ein unbedingtes Mandat abzugeben ist, die Angabe der causa debendi erfordert, indem nach derselben ein unbedingtes Mandat nur in Fällen, da je-

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß nach dem Jütschen Low und im Gebiet desselben derjenige, der eine Bürgschaft übernommen hat, eo ipso zugleich Selbstschuldner wird, wovon die rechtliche, auch durch eine constante Praxis anerkannte Selbstfolge ist, daß es dem Creditor freisteht, den Hauptschuldner und die Bürgen als correi debendi, oder jenen oder diese allein zu belangen, wobei, wenn der Creditor die erstgedachte Alternative wählt, es stillschweigend gegeben ist, daß, in dem Maaße, in dem der Hauptdebitor die eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllt, die Bürgen oder, insoweit diese Letzteren den übernommenen Verbindlichkeiten nachkommen, der Hauptdebitor dem Creditor gegenüber liberirt wird, demnach aber die Einrede des unrichtig instruirten Mandatsprocesses und der perpleren Mandatsbitte zur Berücksichtigung nicht geeignet ist;

in Erwägung ferner, was die Einrede der fehlenden Liquidität nnd des erschlichenen Mandats anlangt, daß im Herzogthum Schleswig nach einer durchaus constanten, noch in neuester Zeit von dem Königl. Appellationsgericht für das gedachte Herzogthum anerkannten Praxis, die Angabe der causa debendi in einem Schuldocument nicht erforderlich ist, das in Rede stehende Document aber als ein liquides im Sinne der Vorschriften der Verordnung vom 25. Juli 1781 angesehen werden muß, da der Debitor in demselben nicht nur den Empfang des Geldes bescheinigt, sondern sich auch zur Zinszahlung verpflichtet und die Rückzahlung des Capitals versprochen hat, Verpflichtungen, denen auch die Bürgen durch ihre Unterschrift sich unterzogen haben;

daß es dem Supplicanten nicht allein nicht verwehrt war, sich einen Theil des in dem Schuldocument verschriebenen Geldes auszahlen zu lassen, sondern daß er, da diese Zahlung ohne Zuthun der Bürgen beschafft wurde, eben auch im Interesse dieser Letzteren handelte, indem er sie auf diese Weise von dem größten Theil der übernommenen Bürgschaftsverpflichtungen liberirte, daß es aber nicht Sache des Supplicanten ist, daß er aus dem — nicht gerichtlich regulirten — Nachlaß des verstorbenen Hauptdebitors nicht mehr erhalten, als er angegeben, oder daß er es verschuldet, daß er nicht mehr erhalten, indem ein derartiger Nachweis von dem Supplicaten beizubringen gewesen wäre, da dies aber nicht geschehen, die desfälligen supplicatischen Behauptungen alles Gewichtes entbehren;

daß aber, wenn der Supplicat, wie er gethan, das fragliche Schuldocument nicht unterschrieben zu haben und dies beeidigen zu wollen erklärt, ihm die Ableistung des Diffensionseides allerdings freigestellt bleiben muß, wogegen der, seiner Stellung als Prediger entlehnte Einwand wider die Gültigkeit der Bürgschaft schon deshalb nicht in Betracht kommen kann, da der Supplicant durch die Annahme des Documents und die demnächstige Extrahirung eines Zahlungsmandats auch wider den Supplicaten bündigstermaaßen manifestirt hat, daß er den Supplicaten als Mitbürgen angenommen.

Digitized by Google

mand aus einer klaren Schuldverschreibung klagt, abgegeben werden darf, die Klarheit einer Schuldverschreibung aber gerade dadurch bedingt ist, daß die Thatsachen, aus welcher die Schuld hervorgeht, in derselben angeführt sind, daß aber auch eine entgegenstehende angeblich constante Praxis nicht die rechtliche Wirkung haben kann, daß auf deren Auctorität eine Klage für zulässig zu erachten, welcher ein wesentliches Erforderniß fehlt, daß jedoch die in Frage stehende Verschreibung die Angabe der causa debendi enthält, indem es zu dem Zweck nicht erforderlich ist, daß das der Schuld zum Grunde liegende Rechtsgeschäft, im vorliegenden Falle das behauptete Darlehn, gerade ausdrücklich genannt wird, es vielmehr genügt, daß die Thatsachen, aus denen mit Sicherheit auf das Rechtsgeschäft geschlossen werden kann, bestimmt angegeben sind, daß in der fraglichen Verschreibung aber angegeben ist, daß Martensen von Carsten Sönksen 1600 ℛ R.-M. baar empfangen hat und zwar mit der Verpflichtung, diese Summe so lange zu verzinsen, bis das Capital an den Gläubiger oder dessen Ordre zurückbezahlt worden ist, hieraus aber auf das zwischen Sönksen als Gläubiger und Martensen als Schuldner abgeschlossene Rechtsgeschäft des Darlehns geschlossen werden muß;

in fernerer Erwägung, daß es nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht die Sache des Imploranten war, in der Klage nachzuweisen, daß die ursprüngliche Schuld noch existirt oder daß auf selbige nicht noch mehr, als von ihm eingeräumt worden, bezahlt worden oder gar, daß er seine unterbliebene gänzliche Befriedigung nicht selbst verschuldet habe, daß im Gegentheil dem Imploraten oblag zu behaupten und zu beweisen, daß die eingeklagte Restforderung ganz oder theilweise bezahlt sei oder daß durch das Verschulden des Imploranten dessen Befriedigung unterblieben sei;

in endlicher Erwägung, daß nach keiner gesetzlichen Vorschrift, insbesondere auch nicht für Geistliche nach der angezogenen Bestimmung des Jütschen Low, die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags durch eine ausdrückliche Annahme von Seiten des Gläubigers bedingt ist, daß ferner die Annahme einer Bürgschaft, welche ohne hinzugefügte Zeitbestimmung dem Gläubiger durch Ueberlieferung der von dem Bürgen unterschriebenen Bürgschaftsacte offerirt wird, gesetzlich an keine Zeitfrist gebunden ist, und daß der Implorant die ihm in der beschriebenen Weise offerirte Bürgschaft jedenfalls durch die wider den Imploraten erhobene Klage angenommen hat,

in Betracht, daß sich die Beschwerde des Supplicanten daher als unbegründet dargestellt,

wird dem Supplicanten bei Retradirung der Originalanlagen der Supplicationsschrift und bei abschriftlicher Mittheilung der Gegenerklärung hiemittelst

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, dem Supplicaten die Kosten der Gegenerklärung, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, innerhalb 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig zu Flensburg, den 10. Septbr. 1864.

Polizeistrafsache.

Zurückweisung einer Supplicationsbeschwerde wegen ungenügenden Interesses. — Auf Landesräumung ist gegen fremde Inculpaten, welche nicht des Vagabondirens oder Bettelns schuldig erfunden sind, nur aus besonderen Gründen nach richterlichem Ermessen zu erkennen.

In Untersuchungssachen gegen den Ziegler Wilhelm Müller aus Lippe-Detmold,

wegen verübter Thätlichkeiten,

wird auf die unterm 27. Mai d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Angeschuldigten,

in Erwägung, daß das von dem Supplicanten gegen das Erkenntniß der Hohner Hardesvogtei, d. d. 16. Mai d. J. eingelegte Rechtsmittel der Supplication, soweit es sich auf die Verurtheilung des Supplicanten in eine zweimal 24stündige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod bezieht, aus dem Grunde anhero nicht erwachsen ist, weil es dem Supplicanten, da er die wegen verübter Thätlichkeiten ihm zuerkannte Gefängnißstrafe, ohne von der von der Hardesvogtei ihm freigelassenen Supplication Gebrauch zu machen, freiwillig

Digitized by Google

angetreten und abgebüßt hat, an einem genügenden Interesse fehlt, um in dieser Beziehung eine abändernde Entscheidung zu erwirken;

in Erwägung, daß es, abgesehen von den Fällen, wo ein Straferkenntniß gegen fremde Vagabonden und Bettler in Frage steht, immer von dem richterlichen Ermessen abhängt, ob gegen Fremde, welche sich in hiesigen Landen eines Vergehens schuldig oder auch nur verdächtig gemacht haben, auf Landesräumung zu erkennen ist;

in Erwägung, daß weder mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des in seinem Beruf im hiesigen Lande beschäftigten Supplicanten, noch mit Rücksicht auf das ihm zur Last gelegte Vergehen ein Grund vorhanden ist, nun gegen ihn die Landesräumung zu erkennen,

hiedurch der Bescheid ertheilt:

daß das von dem Supplicanten gegen das Erkenntniß der Hohner Hardesvogtei, d. d. 16. Mai d. J. eingelegte Rechtsmittel der Supplication, soweit es die gegen den Supplicanten erkannte zweimal 24stündige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod betrifft, anhero nicht erwachsen ist, daß dagegen das gedachte Erkenntniß, insofern es den Supplicanten zugleich auch zur Landesräumung verurtheilt, wieder aufzuheben ist.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 5. Juli 1864.

Criminalfall.

Einfacher kleiner Diebstahl nach früher wegen geringfügiger Entwendung erlittener Strafe.

In Untersuchungssachen wider den Einwohner Arbeitsmann Johann Hinrich Seemann in Burg auf Fehmarn

wegen Diebstahls

wird auf die wider das Erkenntniß des Magistrats der Stadt Burg vom 23. Februar 1864 rechtzeitig eingelegte und verfolgte Supplication des Obersachwalteramts,

in Erwägung, daß der 47 Jahr alte Inculpat geständiger- und sonst erwiesenermaaßen bald nach der Ernte vorigen Jahres Nachts beim Fortgehen von einem Tanzgelag im Hause des Gastwirths Osterkamp aus einem offen stehenden oder von ihm nur angelehnt befundenen und ohne Gewalt geöffneten Fenster einer Hinterstube des Hauses ein Stück Bettzeug zum gerichtlich abgeschätzten Werth von 15 ß Cour., welches in einem unterhalb eben dieses Fensters stehenden Bett gelegen, herausgeholt, mit sich genommen und dasselbe behalten hat, bis es im Februar d. J. von der Ehefrau des Gastwirths Osterkamp bei ihm bemerkt, und er deshalb zur gegenwärtigen Untersuchung gezogen worden ist, daß sonach Inculpat der Begehung eines einfachen kleinen Diebstahls geständig und überführt ist;

in Erwägung ferner, daß Inculpat zwar schon ein Mal wegen geringfügiger Entwendung, nämlich weil er dem Bürger Witte in Burg zu zweien Malen eine Kleinigkeit ausgedroschener Gerste zum Werth von jedesmal etwa 4 ß weggenommen hatte, zufolge Erkenntnisses des Burger Magistrats vom 7. November 1852 eine dreitägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod erlitten hat, daß jedoch jene Eigenthumsverletzung schon ihrer großen Geringfügigkeit wegen füglich nur polizeilich zu behandeln und zu bestrafen war, wie denn auch das damalige Magistratserkenntniß sich als Criminalurtheil nicht entschieden kennzeichnet;

in Erwägung, daß diesemnach der jetzt vorliegende Diebstahl nur als erster aufzufassen und in Mitberücksichtigung der früheren Straffälligkeit des Inculpaten zu bestrafen ist,

hiermit unter Aufhebung des untergerichtlichen Erkenntnisses für Recht erkannt:

daß der Inculpat Johann Hinrich Seemann aus Burg wegen ersten kleinen Diebstals eine 3 mal 5 tägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu erleiden und die Untersuchungskosten, soweit er des Vermögens, zu erstatten schuldig ist.

V. R. W.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 12. April 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

45. Stück. — Den 7. November 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Väterliche Aussage. — Auch ein bloß wörtliches Anerbieten kann unter Umständen, welche den Willen und die Fähigkeit zur sofortigen Erfüllung nicht bezweifeln lassen, eine mora accipiendi begründen.

Von der Ranzauer Administratur wurde unterm 17. Februar d. J. folgendes Erkenntniß abgesprochen:

In Sachen des Eingesessenen Claus Saß in Bevern, uxor. noie. Anna, geb. Göttsche, Klägers und Citanten,

wider

den Abschieder Thewes Göttsche daselbst, Beklagten und Citaten,

wegen zuzulegender Abtheilung nach der Ehefrau des Letzteren, wail. Anna, geb. Mohr, s. w. d. a.,

hat Kläger vortragen lassen, wie sein Schwiegervater, der Beklagte, mit seiner verstorbenen Ehefrau, geb. Mohr, zwei Töchter habe, von welchen die eine mit Kläger und die andere mit einem gewissen Wickhorst in Bevern verheirathet sei. Beklagter, seit Jahren Wittwer, habe bisher auf der ihm von seiner verstorbenen Ehefrau in die Ehe eingebrachten Stelle in fortgesetzter Gütergemeinschaft gewohnt, diese Stelle aber unlängst an seinen gedachten Schwiegersohn Wickhorst verkauft, ohne bisher mit der Ehefrau des Klägers nach deren verstorbenen Mutter Abtheilung gehalten zu haben, obgleich er mehrmals vom Kläger dazu aufgefordert worden sei.

Die Verpflichtung des Beklagten zu solcher Abtheilung unterliege aber keinem Zweifel, zumal nachdem er die ihm von seiner Ehefrau eingebrachte Landstelle verkauft habe, welche ihm von dem Vater seiner Ehefrau s. Z. zu einem sehr niedrigen Preise käuflich überlassen worden sei, weshalb darauf angetragen wird, den Beklagten schuldig zu erkennen, binnen 4 Wochen mit dem Kläger uxor. noie. nach der verstorbenen Mutter und zwar salv. mon. Abtheilung zu halten und selbigem ihren Erbantheil unter Kostenerstattung auszukehren.

Excipiendo hat Beklagter geleugnet, daß die gegenwärtig verkaufte Stelle ihm von seiner verstorbenen Ehefrau in die Ehe gebracht worden sei, oder daß er selbige von deren Vater für einen sehr niedrigen Preis gekauft habe, indem ihm diese Stelle laut eingelegten Kaufcontracts nicht von den Eltern seiner Frau, sondern von den sechs Erben derselben im Jahre 1851 für eine Kaufsumme von 800 ℛ eigenthümlich übertragen und dabei eine Kürzung in dieser Kaufsumme zum Belauf von 145 ℛ Cour. als Erbtheil seiner Frau angerechnet worden sei.

Hiernach habe sich daher der Erbantheil seiner verstorbenen Ehefrau bei der schließlichen Regulirung auf 140 ℛ Cour. herausgestellt und habe seine Frau ihm außerdem auch nur einige Kleidungsstücke, welche ihre beiden Töchter später unter sich aufgetheilt, und weder Bett noch sonstiges Mobiliar in die Ehe gebracht.

Demgemäß habe er dem gegenwärtigen Kläger auch gleich nach dem letzten Verkaufe der Stelle erklärt, daß Beklagtens verstorbene Frau, Klägers Schwiegermutter, nicht mehr als die erwähnten 140 ℛ eingebracht habe. „Wenn er davon die Hälfte haben wolle, so möge er folgenden Tags mit nach Ranzau gehen, wo die Stelle umgeschrieben werden solle."

Kläger habe sich aber nicht daselbst eingefunden, um die mit dorthin gebrachten 70 ℛ entgegenzunehmen,

Digitized by Google

sondern habe vielmehr bei einer späteren Unterredung nunmehr den halben Werth der Stelle verlangt, worauf Beklagter sich nicht habe einlassen können.

Da nun Beklagter, welcher nicht zur zweiten Ehe geschritten, zu einer Abtheilung ratione maternorum nur auf desfälliges ausdrückliches Verlangen seiner mündigen Kinder verpflichtet sei, da Kläger ferner die ihm offerirte Hälfte des eingebrachten Vermögens zum Betrage von 70 ℛ zurückgewiesen habe und auch jetzt noch damit nicht zufrieden sei, so habe es lediglich in der Zuvielforderung des Beklagten seinen Grund, wenn dieses Abtheilungsgeschäft nicht bereits erledigt sei und fehle es an jedem Grunde zur Klage, so daß Kläger die dadurch herbeigeführten Kosten auch allein werde tragen müssen, weshalb auf Grund der vorgeschützten Einrede der grundlosen Klage um deren Abweisung unter Kostenerstattung gebeten wird.

In der That sei dem Kläger denn auch bereits Alles offerirt, was er nur irgend verlangen könne.

Mehr wie angegeben worden, habe Beklagtens Frau nicht in die Ehe gebracht und mehr als die ihm davon offerirte Hälfte könne Kläger auch nicht prätendiren. Die von der Verstorbenen eingebrachten werthlosen Kleidungsstücke und die nach dem Contracte mehr verzeichneten 5 ℛ wären reichlich durch die vom Beklagten in Abzug zu bringenden Beerdigungskosten gedeckt. Wenn er ihm daher, wie hiermit abermals geschähe, eine Summe von 70 ℛ als Abtheilungsquantum offerire, so glaube er ihn damit vollkommen zufrieden gestellt zu haben, und bitte dieserhalb ebenfalls um Abweisung der Klage unter Genießung der Kosten, indem er damit nur ganz eventuell die Einrede verbinde, daß das fragliche Erbtheil der klägerischen Ehefrau nach ihrer Mutter durch die der ersteren mitgegebene Aussteuer zum Werthe von ca. 300 ℛ längst berichtigt sei.

Replicando hat Kläger bestritten, daß Beklagter sich genügend zur Abtheilung bereit erklärt, daß er solche zuzulegen sich erboten habe, selbst dann, als er von dem Anwalte des Klägers im Auftrage desselben dazu aufgefordert sei, indem er vielmehr solche Aufforderung gänzlich unberücksichtigt gelassen.

Es steht demnach zur Frage, ob die erhobene Klage begründet sei.

In Erwägung nun, daß über die Grundsätze, nach welchen die fragliche Erbtheilung vorzunehmen ist, ein Streit zwischen Parteien nicht obwaltet, indem anerkannten Rechtens dem Beklagten die Befugniß zusteht, das eingebrachte und ererbte Gut seiner Ehefrau unter Abzug der Beerdigungskosten herauszugeben, daß mithin nur die Größe des von der Mutter der klägerischen Ehefrau eingebrachten Gutes streitig ist, und

in Erwägung, daß Kläger nicht in Abrede gestellt hat, daß Beklagter sich zur Leistung eines Abfindungsquanti von 70 ℛ Cour. bereits vor erhobener Klage bereit erklärt habe, indem er replicando nur leugnet, daß Beklagter sich in genügender Weise zur Abtheilung bereit erklärt habe, welche Aeußerung, da für die mit mündigen Kindern zuzulegende Abtheilung irgend eine bestimmte rechtliche Form oder obrigkeitliche Mitwirkung nicht vorgeschrieben ist, hiernach nur dahin verstanden werden kann, daß Beklagter sich geweigert, auf die über jenes Oblatum hinausgehenden Ansprüche des Klägers einzutreten, wie Kläger sich denn auch noch gegenwärtig bei diesem Oblatum zu beruhigen nicht gesonnen ist;

in Erwägung, daß daher für den Fall, wenn sich diese über das gedachte Oblatum hinausgehenden Prätensionen des Klägers als unbegründet herausstellen sollten, die erhobene Klage wegen Mangels einer jeden rechtlichen Veranlassung zur Klagstellung unter Verurtheilung in die veranlaßten Proceßkosten abzuweisen sein würde;

in Erwägung nun, daß der vom Kläger erhobene Anspruch auf eine salvis monitis zu beschaffende Abtheilung Seitens des Beklagten an sich nicht begründet ist, indem das den Vätern ihren leiblichen Kindern gegenüber in den Gesetzen beigelegte singulaire Recht der väterlichen Aussage eben darin besteht, daß eine förmliche Erbtheilung ausgeschlossen und die Bestimmung der Größe des eingebrachten und zur Theilung zu bringenden Vermögens dem gewissenhaften Ermessen des Vaters überlassen ist;

daß daher bei obwaltenden Differenzen ratione quanti des zur Theilung zu bringenden Vermögens, den Kindern unter Ausschließung aller sonstigen Nachweisungen und rechtlichen Weiterungen nur die Befugniß eingeräumt werden kann, von dem Vater zu verlangen, seine gewissenhafte Ueberzeugung, daß das ausgesagte Quantum eine angemessene Abfindung der Kinder wegen des mütterlichen Vermögens enthalte, event. eidlich zu erhärten, und daß höchstens in den-

Digitized by Google

jenigen Fällen, wo es den Kindern möglich sein sollte, solche Umstände nachzuweisen, aus welchen sich die dringende Gefahr eines abzuleistenden Meineides ergeben würde, dieserhalb ein weiteres officielles Einschreiten gerechtfertigt erscheinen würde;

daß aber, was den vorliegenden Fall anbetrifft, hierzu durchaus keine Veranlassung vorhanden ist, indem, wenngleich das auch nur ganz eventuell vorgebrachte Verlangen des Beklagten, die der klägerischen Ehefrau mitgegebene Aussteuer in dem Abtheilungsquantum kürzen zu wollen, unbegründet erscheint, da die Aussteuer der Kinder eine dem Vater obliegende Pflicht bildet, von welcher das auszukehrende mütterliche Vermögen nicht afficirt wird, aus dem eingelegten Contracte vom 26. Juni 1837 liquide hervorgeht, daß dem Beklagten die bisher bewohnte Stelle nicht von seiner verstorbenen Ehefrau eingebracht ist, sondern daß er dieselbe von den Erben seiner Schwiegermutter käuflich erworben hat, und daß bei der damals stattgehabten Erbtheilung der Antheil seiner Ehefrau auf 145 ℛ. Cour. festgestellt worden ist,

und indem ferner durchaus nichts darüber beigebracht worden, daß die Ehefrau des Beklagten demselben außer diesem Erbtheile auch noch sonstiges Vermögen von einiger Erheblichkeit eingebracht haben sollte, dessen Werth nicht durch die von ihm aufgewandten Beerdigungskosten aufgewogen würde;

daß mithin, da Beklagter zu einem Mehreren als zur Auskehrung des eingebrachten und vererbten Gutes seiner verstorbenen Ehefrau den bestehenden Rechten nach nicht verpflichtet ist, Kläger durch die ihm gemachte Offerte als völlig klaglos gestellt anzusehen ist,

wird in Erwägung vorstehender Gründe nach eingelegten Recessen und stattgehabter mündlicher Verhandlung hiedurch für Recht erkannt:

daß Kläger, vorbehältlich der event. zu beanspruchenden eidlichen Erhärtung der Angemessenheit des von dem Beklagten ausgesagten Abtheilungsquanti, mit der erhobenen Klage abund zur Ruhe zu verweisen, auch schuldig zu erkennen sei, dem Beklagten die veranlaßten Kosten, ear. design. et mod. salva, innerhalb 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Immaaßen solchergestalt hiedurch erkannt und gesprochen wird.

Decr. Ranzauer Administratur, den 17. Febr. 1864.

Die von dem Kläger gegen dieses Erkenntniß zur Hand genommene Supplication hatte nachstehendes Rejectorium zur Folge:

Auf die sub praes. den 7. März d. J. hieselbst eingegangene Vorstellung und Bitte des Eingesessenen Claus Saß in Bevern, uxor. noie. Anna, geb. Göttsche, Klägers, jetzt Supplicanten,

wider

den Eingesessenen Thewes Göttsche daselbst, Beklagten, jetzt Supplicaten,

wegen zuzulegender Abtheilung nach der Ehefrau des Letzteren, wail. Anna, geb. Mohr, jetzt Supplication wider das Erkenntniß der Ranzauer Administratur vom 17./19. Februar d. J.,

wird unter Bezugnahme auf die dem angefochtenen Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe, sowie

in Erwägung, daß das judicium a quo in dem replikarischen Vorbringen des Supplicanten mit Grund ein Einräumen der vom Beklagten in seinen Exceptionalien aufgestellten Behauptung, daß er bereits vor der Klagerhebung den dem Supplicanten ux. noie. zukommenden Erbtheil declarirt, auch die sofortige Zahlung der ausgesagten Summe von 70 ℛ. offerirt habe, gefunden hat;

in Erwägung, daß der Einwand des Supplicanten, diese Offerte sei eine bloße Redensart gewesen, womit er sich nicht zu begnügen brauchte, indem vielmehr das abzutheilende Quantum sofort reell hätte offerirt werden müssen, nicht begründet ist, da auch ein bloß wörtliches Anerbieten unter Umständen, welche den Willen und die Fähigkeit zur sofortigen Erfüllung nicht bezweifeln lassen, zur Herstellung einer mora accipiendi genügt und namentlich in dem Falle, wenn die Offerte zurückgewiesen wird, nicht allemal auf Realoblation bestanden werden darf;

in Erwägung, daß der Supplicant, nachdem über den seiner Ehefrau zugefallenen mütterlichen Erbtheil eine väterliche Aussage abgegeben und die Zahlung des declarirten Quantums offerirt worden, ein Weiteres als event. die Beeidigung dieser Aussage zu verlangen nicht befugt war, daß mithin die von ihm auf eine salvis monitis vorzunehmende Abtheilung gerichtete Klage ebenso verwerflich, als der Umstand irrelevant ist, daß der Beklagte eine vor der Klagerhebung von dem klägerischen Anwalt an ihn gerichtete desfällige Aufforderung unbeantwortet ließ,

Digitized by Google

hiedurch von Obergerichtswegen dem Supplicanten
ein abschlägiger Bescheid
ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 25. Mai 1864.

Richterliche Sequestration des streitigen Objects. Dieselbe steht zu den possessorischen Rechtsmitteln nicht im Verhältnisse der Subsidiarität.

Zwischen der Bauerschaft Stelle-Wittenwurth einerseits und den beiden Hofbesitzern Möller und Gröhn, resp. im Carolinenkoog und in Krempel andererseits, ist Eigenthum und Besitz an einem Theil des Steller Sees streitig, und haben die Letzteren wider die gedachte Bauerschaft bei der Norderdithmarscher Landvogtei eine Klage auf Anerkennung ihres Eigenthums anhängig gemacht, event. die actio finium regundorum erhoben.

Im Laufe dieses Processes beantragten Kläger in einer gemeinschaftlichen Eingabe bei der Landvogtei, daß eine Sequestration des libellirten Areals bis zur Erledigung der qu. Rechtsstreitigkeiten verfügt, event. der beklagten Bauerschaft das Abmähen und Einerndten des dortigen Rethwuchses bei Strafe Rechtens untersagt werden möge.

Nachdem über diesen Antrag die Erklärung der Syndici der beklagten Bauerschaft eingezogen und sodann ein vergeblicher Vergleichsverfuch abgehalten worden, hat die Norderdithmarscher Landvogtei unterm 22. Juli d. J. einen Bescheid abgegeben, worin beiden Parteien die Vornahme irgend welcher Besitzhandlungen auf dem fraglichen Terrain bei Vermeidung arbiträrer Brüche bis weiter untersagt und die Weddingstedter Kirchspielvogtei beauftragt ist, das streitige Areal an sich zu nehmen und für die Administration desselben während der Dauer des obschwebenden Rechtsstreits einen geeigneten Mann in Vorschlag zu bringen; zugleich ist zur Justification dieser arrestatorischer Verfügung Termin anberaumt, wozu beide Theile, und zwar Kläger sub poena relaxati arresti, geladen sind, unter Aussetzung der Kosten.

Gegen dieses Decret haben die Bauerschaftssyndici anhero supplicirt, worauf sie nachstehendermaaßen beschieden wurden.

Auf die sub praes. den 16. v. M. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift für den Vollmacht Claus Thode Clausen in Stelle und den Hofbesitzer Johann Tiedemann in Wittenwurth als Syndici der Bauerschaft Stelle-Wittenwurth, Imploraten, jetzt Supplicanten,

wider

die Hofbesitzer Jochim Möller im Carolinenkoog und Hans Peters Gröhn in Krempel, Imploranten, jetzt Supplicaten,

betreffend streitiges Grundeigenthum und event. Grenzregulirung, incid. Sequestration, jetzt Supplication gegen den landvogteilichen Bescheid vom 22./27. Juli d. J.,

wird,

in Erwägung, daß die Imploranten einen Besitz der beklagten Bauerschaft an dem qu. Terrain nicht anerkannt, vielmehr sich selbst den Besitz beigelegt und die actio negatoria zum Schutz ihres angeblichen Eigenthums gegen thatsächliche Störungen erhoben haben;

in Erwägung, daß hiernach der Besitzstand als streitig und ungewiß erscheint und daß es andererseits völlig verfehlt ist, wenn die Supplicanten zu deduciren suchen, daß, weil die Klage lediglich auf Anerkennung und Schutz des Eigenthums und nicht zugleich auch auf Herausgabe der seit der Insinuation der Klage zu gewinnenden Früchte gerichtet sei, die Kläger damit auf die Fruchtziehung verzichtet hätten;

in Erwägung, daß dem Antrage der Imploranten, es möge das Streitobject bis nach dem Austrage der Hauptsache gerichtlich in Beschlag genommen werden, nicht der Einwand entgegengesetzt werden kann, daß es ihnen unbenommen bleibe, ihren behaupteten Besitz und die damit zusammenhängende unbehinderte Percipirung der durante processu wachsenden Früchte zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, weil die richterliche Sequestration eines streitigen Gegenstandes zu etwa gegebenen possessorischen Rechtsmitteln keineswegs in einem Verhältnisse der Subsidiarität steht, und

in Erwägung, daß im vorliegenden Falle die Sequestration als eine zulässige und angemessene Maßregel sich darstellt, weil beide Theile bis in die jüngste Zeit Besitzhandlungen für sich anführen und Selbsthülfe und Eigenmacht zu besorgen ist, wie denn auch nach der Erzählung der Imploranten bereits in einem

Digitized by Google

Falle es fast zu Thätlichkeiten gekommen wäre, überdies nicht ersichtlich ist, welches Interesse der supplicantischen Bauerschaft dadurch verletzt werden sollte, wenn pendente lite für die Administration des streitigen Terrains, welches lediglich in dem dort wachsenden Reth einen Nutzen abwirft, ein Sequester bestellt wird,

hiedurch den Supplicanten von Obergerichtswegen ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 10. Septbr. 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Verfahren in geringfügigen Sachen. — Der Sühne-Versuch kein wesentlicher Bestandtheil desselben. — Nicht bestrittene Behauptungen gelten für eingeräumt. — Im Protocollarverfahren begründet die ungerügt gelassene Nichtaufzeichnung vermeintlich wesentlicher Parteivorbringen keine Beschwerde wegen mangelnden rechtlichen Gehörs. — Nichtbeachtung des Antrags einer Partei wegen beleidigender Vorbringen des Gegners kann unter Umständen Recusation des Richters begründen, nicht aber ohne Weiteres die Competenz des Letzteren suspendiren. — Einrede, vor der Klage von der Höhe der libellirten Rechnungsforderung nicht in Kenntniß gesetzt worden zu sein. Wirkung derselben auf die Kostenfrage. — Kostencompensation tritt nicht ein wegen unerheblicher Zuvielforderung.

In Sachen des Apothekers Nagel in Hoyer, Beklagten, Querulanten, Supplicanten,

gegen

den Klempner M. N. Göttge in Tondern, Kläger, Querulaten, Supplicaten,

wegen 15 ℛ 6 ß R.-M., jetzt Nichtigkeitsbeschwerde und Supplication gegen ein Erkenntniß der Tonder- und Hoyer-Hardesvogtei vom 16. März 1864,

ergeben die Acten:

Kläger hat in einer an die Hoyer-Hardes- und Birkvogtei gerichteten Vorstellung vom 23. Januar 1864 behauptet, daß Beklagter während der Jahre 1859 bis 1861 die auf einer beifolgenden Rechnung beschriebenen Klempnerarbeiten für die beigefügten und gangbaren Preise erhalten, Mahnens unerachtet aber den Betrag dafür mit 15 ℛ 6 ß R.-M. nicht bezahlt habe. In der Rechnung sind unter dem 25. März 1859 zwei messingene Lampen zu 4 ℛ R.-M. und unter dem 23. März 1860 eine Gaslampe zu 7 ℛ 3 ß R.-M. notirt. Der Kläger hat um ein Mandat zur Zahlung der 15 ℛ 6 ß, event. um einen Termin gebeten. Die Hardes- und Birkvogtei hat dem Beklagten aufgegeben, die Sache mit dem Kläger abzumachen oder mit ihm am 8. Februar d. J. zur Vornahme derselben in Tondern in der Hardesvogtei zu erscheinen. Am genannten Tage war der damalige Hardesvogt von Tondern abwesend, daher der Termin nicht statthatte. In Folge einer abermaligen Vorstellung des Klägers hat die Hoyer-Hardes- und Birkvogtei dem Beklagten am 4. März 1864 den Befehl ertheilt, die Sache mit dem Kläger abzumachen und ihm die Kosten mit 6 ℛ 20 ß R.-M. zu bezahlen oder mit ihm zur Vornahme der Sache am 16. März 1864 in der Hardesvogtei zu erscheinen. Der Termin ist in der Tonder- und Hoyer-Hardesvogtei in Tondern von dem constituirten Hardesvogt Reeder abgehalten worden. Zufolge des von demselben in dänischer Sprache geführten Protocolls hat in der rubricirten Sache der Beklagte behauptet, daß die fraglichen Lampen nicht zweckmäßig, sondern unbrauchbar und feuergefährlich gewesen seien; auch habe er die Rechnung erst 1864 erhalten. Der Kläger hat alles vom Beklagten Vorgetragene als Lüge bezeichnet. Der Beklagte hat sich darüber beschwert, daß der Hardesvogt deutsch sprach und ist, weil er die Lampen mehrere Jahre behalten habe, ohne Bemerkungen darüber zu machen*), verurtheilt worden, den Betrag der Rechnung mit 15 ℛ 6 ß R.-M. nebst den gesammten Kosten mit 7 ℛ 84 ß innerhalb 6 Wochen

*) Weitere Entscheidungsgründe sind nicht angegeben.

Digitized by Google

an den Kläger zu bezahlen. Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte zeitig die Supplication eingewandt und verfolgt, und damit die Nichtigkeitsbeschwerde verbunden. Zur Begründung der Letzteren hat derselbe angeführt:

1) ein Vergleichsversuch sei nicht angestellt;

2) das Verfahren leide an wesentlichen Mängeln:

a) das rechtliche Gehör sei dem Beklagten versagt. Er habe in dem Termin ausdrücklich behauptet, die Lampen, weil sie unbrauchbar, remittirt und, als sie ihm wiederum zugesandt und als nicht brauchbar von ihm befunden worden, der Ehefrau des Klägers, da er diesen nicht getroffen, gesagt zu haben, daß die Lampen unbrauchbar seien und auf Rechnung des Klägers ständen; die Relevanz dieses Vorbringens sei unzweifelhaft, gleichwohl geschehe dessen im Protocoll keine Erwähnung;

b) das Protocoll enthalte keinen Antrag des Klägers, keine Anerkennung der Richtigkeit der Rechnung von Seiten des Beklagten und ebensowenig dessen Geständniß, daß er die Lampen mehrere Jahre ohne Bemerkungen behalten habe, auf welche angebliche Thatsache das Urtheil gestützt sei, obgleich selbige unwahr;

c) die Würde des Gerichts so wenig als des Beklagten sei gewahrt, denn in Veranlassung seiner Beschwerde darüber, daß Kläger alles vom Beklagten Vorgetragene als Lüge verzeichnet, habe der Richter nur darauf hingewiesen, daß die fragliche Bezeichnung in's Protocoll aufgenommen sei;

3) Beklagter sortire die Hoyer-Birkvogtei, das Erkenntniß sei von der Hoyer- und Tonder-Harde abgesprochen;

4) statt der für Bagatellsachen vorgeschriebenen Gelebungsfrist sei dem Beklagten eine sechswöchige Frist bestimmt.

Der Beklagte hat zunächst die Cassation des ganzen Verfahrens und des Erkenntnisses, sowie die Verurtheilung des Hardesvogts Reeder in die Kosten beantragt, event. folgende Beschwerde gestellt:

I. daß es ihm nicht erlaubt worden sei, die Richtigkeit seiner Behauptungen, wovon die wichtigsten freilich nicht in das Protocoll aufgenommen seien, zu beweisen, namentlich daß er keine Rechnung vor der Einklage empfangen habe;

II. daß er zur Zahlung verurtheilt sei, obschon die Voraussetzung des Urtheils, daß Beklagter die Lampen mehrere Jahre behalten habe, ohne Bemerkungen über selbige zu machen, ganz unerwiesen sei;

III. daß er zur Zahlung von 7 ℛ 84 ß R.-M. Kosten verurtheilt worden; die durch das erste Ladungsgesuch mit 3 ℛ 1 ß 12 ß R.-M. erwachsenen Kosten seien ihm unbeikommend, er sei in dem Termin vom 8. Februar 1864 erschienen, und seine Schuld sei es nicht, daß der Hardesvogt ausgeblieben.

Der Beklagte hat auf Grund dieser Beschwerden um Aufhebung des Erkenntnisses, eventuell, weil Kläger zu viel gefordert habe, um Bestätigung desselben unter Compensation der Kosten beider Instanzen gebeten.

Der Kläger hat in seiner Gegenerklärung in Betreff des Thatsächlichen namentlich angeführt:

ad 1) der Richter sei vor dem Termin durch den Kläger davon in Kenntniß gesetzt worden, daß er nichts ablassen wolle;

ad 2 a) der Beklagte habe nicht verlangt, daß außer dem Protocollirten noch Anderes protocollirt werde. Die Lampen seien weder unbrauchbar noch feuergefährlich; daß Beklagter mit denselben unzufrieden gewesen, darüber sei dem Kläger nichts bekannt geworden;

ad 2 b) das Protocoll sei verlesen;

ad 2 c) der Richter habe mit dem Kläger, der des Dänischen nicht mächtig sei, deutsch gesprochen.

Hierauf und auf Rechtsausführungen gestützt, hat der Kläger um Abweisung des Beklagten mit der Nichtigkeitsbeschwerde und Supplication gebeten, sowie um Verurtheilung desselben in die Kosten und in eine Brüche.

Aus dem von der Tonder- und Hoyer-Hardesvogtei erstatteten Berichte ist hervorzuheben, daß der Beklagte, als ihm vor Abgebung des Erkenntnisses das Protocoll vorgelesen worden, nicht verlangt habe, Weiteres hinzuzufügen.

In Erwägung nun, was zunächst die Nichtigkeitsbeschwerde betrifft:

ad 1) daß die Vorschrift des § 110 des Jüngsten Reichsabschieds, nach welcher der Richter in zweifelhaften Fällen sich befleißigen soll, die Sache durch Vergleich zu erledigen, nicht unbedingt den Sühneversuch gebietet, und daß die Worte im § 4 der Verordnung vom 25. Juli 1781, welche die „gütliche Handlung" betreffen, sehr wohl auf die schon bestehende

Digitized by Google

desfallsige Verpflichtung des Gerichts bezogen werden können, da der Gesetzgeber, falls der Sühneversuch nicht dem richterlichen Ermessen überlassen, sondern unbedingt als wesentlicher Theil des Verfahrens in geringfügigen Sachen hätte eingeführt werden sollen, diese Bestimmung in dispositiver Fassung ausgedrückt haben würde, wie z. B. im § 1 der Verordnung vom 11. Mai 1798, betr. das Verfahren in Injuriensachen, und im § 3 des Patents vom 19. Februar 1839, betr. das Verfahren in Contraventionsklagen aus herrschaftlichen Pachtcontracten, daß jedenfalls der Beklagte selbst eine „gütliche Handlung" hätte herbeiführen können, wenn er dabei ein rechtliches Interesse zu haben glaubte;

ad 2a) daß dem Beklagten das rechtliche Gehör nicht versagt worden ist, da er nach seiner eignen Darstellung nicht verhindert worden, im Termin vorzubringen, was er zu seiner Vertheidigung für dienlich erachtete, und daß es dem Beklagten obgelegen hätte, eine Ergänzung des ihm vorgelesenen Protocolls zu beantragen, falls nach seiner Ansicht nicht alles Wesentliche des von ihm Vorgebrachten in das Protocoll aufgenommen worden;

ad 2b) daß die dem Beklagten mitgetheilte klägerische Vorstellung vom 23. Januar 1864 nebst Anlage die Klage sammt Antrag enthält, daß in geringfügigen Sachen nach dem Argument des § 3 der Verordnung vom 25. Juli 1781 alle nicht bestrittene Behauptungen für eingeräumt zu halten, daß der Beklagte nach Inhalt des Protocolls, abgesehen von seinen Ausstellungen gegen die Beschaffenheit der Lampen, gegen die Rechnung nichts eingewandt hat;

ad c) daß die in dem Ausdruck „Lüge" enthaltene Erklärung des Klägers, Beklagter habe wider besseres Wissen Unwahres vorgebracht, lediglich zur Abwehr gegnerischer Einwendungen abgegeben, daß dieser Ausdruck aber auch in beleidigender Absicht gewählt sein kann, daß der Richter solche, wenn thunlich, sofort zu beseitigen amtlich verpflichtet war, daß aber die Nichtbeachtung eines darauf gerichteten Antrags des Beklagten unter Umständen eine Recusation des Richters begründen, bis dahin aber dessen Competenz nicht suspendiren konnte;

ad 3) daß zufolge Verordnungsblatt Stück 5 dem Candidaten der Rechte, Reeder, am 24. Februar 1864 die Verwaltung der Tonder- und Hoyer-Hardesvogtei interimistisch übertragen worden, daß der Hardesvogt der Hoyer-Harde zugleich Birkvogt des Kirchdorfs Hoyer ist, daß demnach die Competenz des constituirten Hardesvogts Reeder für diese Sache nach § 1 der Verordnung vom 25. Juli 1781 begründet ist, und daß ferner, weil der § 2 der erwähnten Verordnung den Hardes- und Birkvögten ausdrücklich gestattet, solche kleine Streithändel in ihren Häusern abzuthun, die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens vom 16. März 1864 dadurch nicht in Frage gestellt wird, daß der Termin in dem Geschäftslocal des Hardesvogts abgehalten und solches im Protocoll bemerkt worden ist;

ad 4) daß durch Erweiterung der gesetzlichen Paritionsfrist von 14 Tagen oder 3 Wochen auf 6 Wochen der Beklagte nicht verletzt worden ist;

in Erwägung sodann, die Supplication betreffend,

ad gravamen I. daß, was nicht actenmäßig geworden, schon deshalb nicht zum Beweise verstellt werden durfte; daß die behauptlich unterlassene Mittheilung der Rechnung vor Anstellung der Klage höchstens auf die Kostenfrage dann einen Einfluß hätte üben können, wenn Beklagter nach angestellter Klage die Hauptforderung bezahlt oder im Fall verweigerter Annahme deponirt hätte; daß die in der Klage nebst Anlage enthaltene Behauptung, Beklagter habe die auf der Rechnung specificirten Sachen, namentlich die Lampen, für die beigesetzten Preise vom Kläger gekauft, nicht bestritten, daß also die gesammte klägerische Hauptforderung begründet und erwiesen ist; daß die Behauptung des Beklagten, die ihm verkauften Lampen seien unzweckmäßig, unbrauchbar und feuergefährlich, wäre selbige gehörig substantiirt, zur Begründung verschiedener als Einreden zu benutzender Ansprüche dienlich sein würde, daß jene vom Kläger generell in Abrede gestellte Behauptung aber, wie solche vorgebracht worden, nicht beachtet werden konnte, theils weil nach Anleitung derselben ein Zeugenverhör nicht vorgenommen und ein Eid nicht erkannt werden konnte, theils weil Beklagter den Anspruch, welchen er aus dieser Behauptung herleiten wollte, nicht bezeichnet hatte;

ad gravamen II. daß die Behauptung, Beklagter habe die Lampen mehrere Jahre behalten, ohne Bemerkungen über selbige zu machen, zur Begründung der Klage nicht gehört, und daß zu einer darauf zu begründenden Replik keine Veranlassuug gegeben war;

ad gravamen III. daß die Abwesenheit des Richters von seinem Wohnsitz am 8. Februar 1864 die

Digitized by Google

Abhaltung des auf diesen Tag anberaumten Termins unmöglich gemacht hat, daher eine Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger die durch den Wegfall dieses Termins veranlaßten Kosten zu erstatten, nicht vorhanden ist, daß aber gleichwohl zu einer Compensation der Kosten der Unterinstanz keine Veranlassung ist, weil selbige dadurch nicht vermehrt worden sind, daß der Kläger auch die Erstattung der durch den Wegfall jenes Termins verursachten Kosten beantragt hat; daß endlich die Kosten der Supplicationsinstanz zu compensiren sind, weil das angefochtene Erkenntniß in Folge der dritten Beschwerde zu modificiren ist,

wird für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß mit der Modification zu bestätigen ist, daß der Beklagte von Erstattung der durch den Wegfall des Termins vom 8. Februar 1864 veranlaßten Kosten freizusprechen ist, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 12. August 1864.

Criminalfall.

Betrug. Geringfügige (polizeilich zu ahndende) Entwendung.

In Untersuchungssachen gegen den Dienstknecht Claus Petersen aus Haurup

wegen Betrugs und geringfügiger Entwendungen

wird auf die unterm 14. Juni d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Obersachwalters für das Herzogthum Schleswig,

in Erwägung, daß der Inculpat nach seinem eigenen, mit den anderweitig durch die Untersuchung ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständniß durch sein Verhalten dem Wirthe Thomas Petersen gegenüber diesen dazu vermocht hat, zwei ihm zur Aufbewahrung von dem Dienstknecht des Thomas Hansen übergebene Pferdedecken dem Inculpaten auszuliefern, daß dieser die Decken sich angeeignet und dadurch eines Betrugs sich schuldig gemacht hat, für den mit Rücksicht auf den nur zu 7 ℛ. Cour. tarirten Werth der Decken und die stattgefundene Restituirung derselben eine 3 mal 5 tägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod als angemessen erscheint;

in Erwägung, daß der Inculpat nach seinem ferneren, gleichfalls mit den anderweitig durch die Untersuchung ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständniß eine Flaggenschnur, einen Sack und eine Pferdekrippe in diebischer Absicht sich angeeignet, letztere beiden Gegenstände auch veräußert hat, daß jedoch die Entwendungen, deren der Inculpat sich schuldig gemacht hat, mit Rücksicht auf den geringfügigen, nur zu $9\frac{1}{4}$ ß Cour. tarirten Werth der entwandten Gegenstände nicht mit der ordentlichen Strafe des Diebstahls zu belegen, sondern nur polizeilich zu bestrafen sind, daß daher den Inculpaten, obwohl er durch Erkenntniß des Criminalgerichts der Stadt Flensburg d. d. 11. August 1858 wegen ersten kleinen Diebstahls bereits bestraft ist, die von dem Magistrat der Stadt Flensburg gegen ihn erkannte Strafe des zweiten Diebstahls nicht treffen kann, es vielmehr angemessen erscheint, daß die unverschuldet von ihm erlittene 20tägige Untersuchungshaft dem Inculpaten für die von ihm begangenen geringfügigen Entwendungen als Strafe angerechnet wird,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Flensburger Magistrats vom 23. Mai d. J. dahin abzuändern ist, daß der Inculpat wegen verübten Betruges und geringfügiger Entwendungen unter Anrechnung der unverschuldet von ihm erlittenen Untersuchungshaft in eine 3mal 5tägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu verurtheilen und schuldig ist, die Kosten der Untersuchung, soweit er des Vermögens, zu erstatten.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig zu Flensburg, den 5. Juli 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

46. Stück. — Den 14. November 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Ein selbst unentschuldbares Versäumniß abseiten eines Anwalts bildet für die Partei eine *justa causa restitutionis* und die desfällige Erklärung des Anwalts ist eine hinreichende Bescheinigung des Restitutionsgrundes. — Ein Kündigungsdecret ist kein gerichtlicher Befehl, welcher im processualischen Wege angefochten werden könnte. — Das Moderationsrecht ist ein Ausfluß der *jurisdictio contentiosa*.

In Sachen des 3/8 Hufners Asmus Diedrich Klopke in Barkau, Imploraten und Supplicanten,

wider

die Wittwe Christina Dorothea Harms, geb. Narden, c. cur. in Barkau, Implorantin und Supplicatin,

betreffend hauptsächlich Kündigung eines protocollirten Capitals von 4800 ℔, jetzt wider das Decret des Ahrensböcker Amthauses vom 22./27. Januar d. J.,

ergeben die Acten:

Der jetzige Supplicant schuldete aus einem Kaufcontract ein protocollirtes Capital von 4800 ℔ R.-M. zu 4 pCt. Zinsen an die Supplicatin. Die Letztere wünschte über dies Capital zu disponiren und reichte daher c. cur. unterm 23. October v. J. bei dem Ahrensböcker Amthause eine Vorstellung ein, worin sie ein gerichtliches Kündigungsdecret impetrirte und unter Hinweisung auf die Praxis, wornach der Schuldner die Kündigungskosten dem Gläubiger zu erstatten habe, zugleich den Antrag stellte, daß auch dieser Kosten in dem Kündigungsdecret Erwähnung geschehe. Vom Ahrensböcker Amthause wurde unterm 27./30. October v. J. ein Decret abgegeben, welches dahin lautete:

> es werde dem Supplicanten das qu. Capital von 4800 ℔ R.-M. dahin gerichtlich losgekündigt, daß er dasselbe nebst den alsdann rückständigen Zinsen, den mit 3 ℔ 75 ß R.-M. passirenden Kosten der Vorstellung und den auf dem Decrete verzeichneten Gerichts- und Insinuationsgebühren ein halbes Jahr nach der Insinuation des Decrets zurückzuzahlen habe.

Gegen dies Decret erhob der Supplicant folgende Einwendungen:

1) seine Gegnerin sei zur Loskündigung des Capitals nicht berechtigt, weil er selbst bereits unterm 30. April v. J. ihr das Capital zur Auszahlung nach Ablauf eines halben Jahres gekündigt, auch unlängst ihr die Zahlung offerirt, sie aber die Annahme verweigert habe. Ueber die Wahrheit dieser Behauptungen werde der Schiedseid deferirt. Wenn auch die Kündigung selbst als Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht anzufechten stehe, so werde doch auf Grund der vorgetragenen Thatsachen gegen die im Kündigungsdecrete vom 27./30. October v. J. verfügte Kostenerstattung die praescriptio mendacii und exceptio obreptionis opponirt und gebeten, diesen Theil des Decrets wieder aufzuheben, ref. exp.;

2) das angefochtene Decret sei nichtig, weil die Vorstellung seiner Gegnerin an das Amthaus, worin die Kündigung beantragt worden, zwar cum curatore

Digitized by Google

rubricirt, aber ohne die Einwilligung und gegen den Willen ihres gerichtlich bestellten Curators, des Hufners Wulf in Barkau, eingereicht sei. Es obstire daher abermals die praescriptio mendacii und exceptio obreptionis und werde über die Wahrheit auch dieser Thatsache der Schiedseid deferirt.

Vom Amthause wurde diese Einwendungsschrift der Supplicatin mittelst Decrets vom 3. Decbr. v. J. mit der Auflage communicirt, sich über die ihr zugeschobenen Eide binnen 3 Wochen ab ins. in rechtsbehöriger Weise zu erklären, widrigenfalls diese Eide als verweigert angesehen würden. Von der Supplicatin wurde gegen diese Auflage remonstrirt, worauf das Amthaus in Betracht, daß das erlassene Kündigungsdecret lediglich ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei und daß dem Supplicanten seine sämmtlichen Vertheidigungsmittel gegen die im Kündigungsantrage geltend gemachten und in das Kündigungsdecret aufgenommenen Ansprüche für den Fall der wirklichen Einklagung des qu. Capitals s. w. d. a. vorbehalten blieben, unterm 22. Jannar d. J. erkannte,

daß, unter Wiederaufhebung des Decrets vom 3. Decbr. d. J., der Supplicant mit seinen Anträgen abzuweisen, auch schuldig sei, der Supplicatin die Kosten des Verfahrens zu erstatten.

Gegen dies am 27. Januar d. J. insinuirte Decret hat der Supplicant die Supplication und Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. Was die Supplication anlangt, so sind folgende Beschwerden formulirt worden:

1) daß nicht in Gemäßheit des Amthausdecrets vom 3./10. Decbr. v. J. die poena recusati juramenti wider die Supplicatin erkannt worden, ref. exp.;
2) daß nicht wenigstens der Supplicant zum Beweise der von ihm behaupteten unterm 30. April v. J. beschafften Kündigung des qu. Capitals zugelassen sei, unter Aussetzung der Kosten;
3) daß nicht wenigstens die Kosten compensirt worden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist in doppelter Weise begründet worden:

1) falls der qu. Passus des Kündigungsdecrets, wodurch Supplicant zur Erstattung der Kündigungskosten angewiesen werde, keine gerichtliche Dijudicatur, sondern als Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusehen sei, so sei er unfähig, als Grundlage eines Rechtsstreits zu dienen, und das darauf gebaute Verfahren sei also ein nichtiges;

2) es sei dem Supplicanten das rechtliche Gehör abgeschnitten, indem das Amthaus, nachdem es über die vom Supplicanten deferirten Eide die Erklärung der Gegenpartei erfordert hatte, auf diese Erklärung hin das Erkenntniß abgesprochen habe, ohne erst dem Supplicanten Gelegenheit zu einer Replik zu geben.

Die Supplicationsschrift ist laut Präsentatum's erst am 19. Februar d. J., also nach Ablauf der gesetzlichen 3wöchigen Frist, hieselbst eingereicht worden. In Voraussicht dieses Versäumnisses, da er erst am 17. Februar d. J. seine Vorstellung in Ahrensböck auf die Post gab, hat der Supplicant mit derselben zugleich ein Restitutionsgesuch verknüpft und darauf gestützt, daß sein Anwalt, der Concipient der Supplicationsschrift und Nichtigkeitsbeschwerde, diese Arbeit nicht früher habe vollenden können. In der eingezogenen Gegenerklärung ist dem Restitutionsgesuch aus zwei Gründen contradicirt worden, nämlich:

1) das Versäumniß sei von Seiten des Supplicanten kein entschuldbares; es habe nämlich darin seinen Grund, daß Supplicant in der Zeit zwischen dem 6. und 13. Februar sich entschlossen hatte, die Supplication fallen zu lassen, wie aus einem producirten Briefe des Advocaten Frahm vom 11. Februar d. J. sich ergebe, worin derselbe Namens des Supplicanten um Angabe der Kosten bitte, worin Letzterer verurtheilt sei;

2) der Supplicant habe mittlerweile seine Gegnerin wegen Annahme des Capitals nebst Zinsen im ordentlichen Wege Rechtens verklagt, beide Parteien hätten sich bei dem laudum beruhigt, auch habe Supplicant das Capital nebst Zinsen bereits ausbezahlt. Es liege also ein nach der Versäumniß erlassenes rechtskräftiges Erkenntniß vor, in welchem Fall eine Restitution gegen das Versäumniß nicht ertheilt werden dürfe.

Solchemnach steht zur Frage, ob die von dem Supplicanten zur Hand genommenen Rechtsmittel begründet sind.

In Erwägung nun, daß ein selbst unentschuldbares Versäumniß abseiten eines Anwalts für die Partei

Digitized by Google

eine justa causa restitutionis bildet, daß nach Erklärung des Concipienten der Supplicationsschrift durch seine Schuld die Introductionsfrist versäumt worden ist, und daß eine solche Erklärung eine hinreichende Bescheinigung dieses Restitutionsgrundes abgiebt, folglich die Restitutionsbitte begründet ist und auch die von der Supplicatin vorgebrachten Einwendungen als verwerflich erscheinen, weil der Frahm'sche Brief nichts weiter beweist, als daß unterm 11. Februar der Supplicant ein Interesse hatte, zu erfahren, wie hoch die im Kündigungsdecret erwähnten Kosten sich belaufen möchten, und weil ferner nur ein in der Hauptsache, d. h. in demselben Proceß, in welchem das Versäumniß vorfiel, abgesprochenes Erkenntniß, welches nicht lediglich die unmittelbare Folge dieses Versäumnisses ist, der Bewilligung der Restitution entgegen stehen würde, hiervon aber im vorliegenden Falle keine Rede ist;

in Erwägung, die Supplicationsbeschwerden anlangend, daß, mag auch ein Kündigungsdecret in die Form eines Befehls oder einer Auflage gekleidet werden, es sich dabei immer nur um einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit und um Erlangung einer öffentlichen Urkunde darüber handelt, daß die Willenserklärung einer Partei dem Gegentheil behändigt worden sei, daß also der Kündigungsantrag kein gerichtlicher Angriff ist, gegen welchen eine Vertheidigung möglich wäre, ebensowenig das Kündigungsdecret als ein gerichtlicher Befehl erscheint, welcher im processualischen Wege angefochten werden könnte, folgeweise die Remonstration des Supplicanten gegen den Theil des Kündigungsdecrets, welcher den vermeintlichen Anspruch der Supplicatin gegen ihn auf Erstattung der Kündigungskosten übermittelte und zu seiner Kunde brachte, unbegründet war und der Supplicant daher auch mit Recht in die durch sein grundloses Vorbringen angeursachten Kosten verurtheilt worden ist;

in Erwägung, daß in dem Kündigungsdecret zugleich die Kosten des supplicatischen Kündigungsantrags bestimmt worden sind, daß das Moderationsrecht dem Richter als Theil der streitigen Gerichtsbarkeit zuständig ist, und daß also in dem Erlaß des Ahrensböcker Amthauses in Betreff dieses einen Punktes allerdings ein Act der jurisdictio contentiosa enthalten ist, daß aber über die geschehene Applacidirung der Kosten der Supplicant sich nicht beschwert fühlt und übrigens auch in dieser Hinsicht die Supplicationssumme nicht vorhanden sein würde;

in Erwägung zur Nichtigkeitsbeschwerde, daß der Supplicant sich nicht dadurch verletzt fühlen kann, daß das Amthaus nicht sofort, sondern erst nach einigem Schwanken seine Anträge als unbegründet verworfen hat und daß eine Nichtigkeit des Verfahrens nur vorliegen würde, wenn das Amthaus seiner Remonstration Gehör gegeben und einen von ihm als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgegebenen Erlaß in seiner Qualität als Behörde der streitigen Gerichtsbarkeit reformirt hätte, daß ferner die Erklärung der Supplicatin über die supplicantischen Anträge lediglich eine rechtliche Gegendeduction enthielt und daher ein weiterer Schriftenwechsel völlig überflüssig war, überdies auch der Supplicant mit seinen Einwendungen gegen das Kündigungsdecret als der Angreifer erscheint und die Supplicatin als der angegriffene Theil, welchem das letzte Wort gebührte, zu betrachten ist,

wird bei abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung dem Supplicanten hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß zwar die erbetene Restitution zu bewilligen, dagegen die eingewandten Rechtsmittel der Supplication und Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen, Supplicant auch schuldig sei, die mit 35 ℔. 11½ ß passirenden Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab insin. der Supplicatin zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 6. Juli 1864.

Form der Interposition der Supplication. — Auch in Injuriensachen ist die Supplication durch Einreichung der Supplicationsschrift bei den Oberdicasterien zu prosequiren.

Auf die mit Bericht des Plöner Amthauses vom 14./16. October v. J. hieselbst eingegangene Suppli-

Digitized by Google

cationsschrift des Dienstknechtes C. F. Kunst zu Stockseehof, Klägers, jetzt Supplicanten,

wider

den Tagelöhner Stüben daselbst, Beklagten, jetzt Supplicaten,

wegen Real- und Verbalinjurien, jetzt supplicatio ctr. sent. des Plöner Amthauses vom 31. August v. J.,

wird,

in Erwägung, daß die Supplication in dem vorliegenden Falle nicht in einer der Vorschrift des § 3 der Verordnung vom 22. August v. J., betreffend die Appellation und Supplication an die Oberdicasterien, entsprechenden Weise (entweder sofort mündlich zu Protocoll oder schriftlich innerhalb des Decendiums) eingewandt worden ist, indem aus den eignen Anführungen des Supplicanten hervorgeht, daß die angeblich von ihm gemachte mündliche Anzeige, daß er gegen das Erkenntniß sich an das Obergericht wenden wolle, weder sofort im Termin, vielmehr erst bei Erbittung des Protocollextractes, welche nach dem Berichte des Amthauses erst nach beendetem Termin auf dem Amthauscomtoir geschehen, beschafft, noch auch zu Protocoll genommen ist, welches letztere schon mit Rücksicht darauf, daß ohne die Aufnahme eines Protocolls der Vorschrift des § 6 der Verordnung über die Mittheilung der geschehenen Interposition an den Gegner nicht würde genügt werden können, als ein nothwendiges Formrequisit für die Interposition betrachtet werden muß, und

in Erwägung, daß überdies auch die Einführung des Rechtsmittels nicht rechtzeitig geschehen ist (worauf, da die der Verlängerung nicht fähige Introductionsfrist in Injuriensachen eine als nothwendig vorgeschriebene Frist im Sinne des § 24 der Verordnung, von Amtswegen Rücksicht zu nehmen ist), da nach dem § 23 der mehrgedachten Verordnung die Supplication auch in Injuriensachen durch Einreichung der Supplicationsschrift bei den Oberdicasterien zu prosequiren ist, der Supplicant aber seine Recursschrift bei dem Amthause eingereicht hat, von welchen sie erst nach Ablauf der dreiwöchigen Einführungsfrist an das Obergericht eingesandt worden ist,

dem Supplicanten hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß auf seine Supplication gegen das Erkenntniß des Plöner Amthauses vom 31. August v. J. nicht eingetreten werden könne.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 19. Januar 1864.

In Untersuchungen wegen Gewerbecontraventionen dürfen keine Gebühren berechnet werden.

Vom Trittauer Amthause wurde eine Vorfrage an die Herzogliche Landesregierung gerichtet, ob und in wie weit in Untersuchungen wegen Gewerbecontraventionen Gebühren zu berechnen seien, wobei das Amthaus sich dahin äußerte, daß nach seinem Erachten zufolge der Bestimmungen des Circulairs vom 25. November 1826 zwar für das erste Verfahren behufs Inhibirung eines unbefugten Gewerbetriebes keine Gebühren zu erheben seien, daß jedoch, wenn dem Contravenienten unter Androhung von Brüchen die Fortsetzung seines Betriebes untersagt sei und derselbe dann nicht Folge leiste, es sich also nicht lediglich um eine Abstellung des unerlaubten Betriebes, sondern vielmehr um eine Bestrafung eines hartnäckigen Ungehorsams handle, die im Polizeiuntersuchungsverfahren herkömmlichen Gebühren berechnet werden dürften.

Von der Landesregierung ist hierauf das nachstehende Rescript erlassen:

Auf die gefällige berichtliche Vorfrage vom 14. Mai d. J., betreffend die Berechnung von Gebühren in Untersuchungen wegen Gewerbecontraventionen, ermangelt die Landesregierung nicht, dem Herzoglichen Amthause nach darüber eingezogenem Bericht des Holsteinischen Obergerichts und in Uebereinstimmung mit der von dieser Behörde entwickelten Ansicht zu erwidern, daß sie die von dem Herzoglichen Amthause aufgestellte Unterscheidung zwischen dem ersten Verfahren behufs Inhibirung eines unbefugten Gewerbebetriebes und Bestrafung eines hartnäckigen Ungehorsams gegen obrigkeitliche Befehle im Falle einer Fortsetzung des unerlaubten Betriebes trotz der stattgehabten Inhibirung, derzufolge die Bestimmungen des Rescripts vom 7. Sep-

Digitized by Google

tember 1819, so wie des Circulairs vom 25. November 1826, wornach im Verfahren wegen Gewerbecontraventionen keinerlei Gebühren zu berechnen sind, nur auf das erste Verfahren zu beziehen seien, in den gedachten gesetzlichen Bestimmungen nicht für begründet ansehen kann, da, abgesehen davon, daß es nicht ersichtlich sein würde, warum ein Ungehorsam gegen obrigkeitliche Befehle an sich strafbarer sein sollte, als ein Ungehorsam gegen gesetzliche Bestimmungen, auch die wiederholte Gewerbecontravention doch immerhin eine Gewerbecontravention bleibt, indem die Rückfälligkeit nur auf das Strafmaaß, nicht aber auf die Natur des Vergehens einwirkt. Das Herzogliche Amthaus wird daher mit dem Bemerken, daß auch das vormalige Ministerium für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg sich in mehrfachen Fällen dahin ausgesprochen hat, daß eine Untersuchung wegen wiederholter Gewerbecontravention nach den oben erwähnten gesetzlichen Bestimmungen gleichfalls von Amtswegen und unentgeltlich zu führen sei, ersucht, es dem Vorstehenden gemäß künftighin gefällig zu verhalten.

Herzogliche Landesregierung zu Kiel, den 18. Aug. 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Injuriensache. Der Parteieneid ist nur bei Realinjurien von Erheblichkeit zulässig.

In Sachen des 1/6-Hufners Claus Andresen in Grödersbye, Klägers und Supplicanten,

wider

den Schiffszimmermann Marquardt Jessen daselbst, Beklagten und Supplicaten,

wegen gewaltthätigen Ueberfalls, jetzt Supplication gegen einen Bescheid der Schlies- und Füsing-Hardesvogtei vom 1. September 1864 betreffend,

ergeben die Acten:

Zur Begründung der Klage ist angeführt, daß am 22. August d. J., als Kläger eben außerhalb Grödersbye seine Kühe die Landstraße entlang getrieben habe, unvermuthet der Beklagte von der Seite her auf ihn zugesprungen sei und mit den Worten: „Hier ist der Mann", ihm mit dem Arm mehrere Hiebe am Kopfe versetzt habe. Als Kläger mit einer Bahre, welche er zufällig getragen habe, die Schläge abwehren gewollt, habe der Beklagte ihm diese entrissen, einen Ansatz genommen und ihm mit derselben einen Stoß versetzt. Auf sein Geschrei um Hülfe habe sich das Dienstmädchen Lotte Matzen in der Nähe gezeigt und nun der Beklagte sich entfernt, indem er auf des Klägers Bemerkung, den Vorfall anzeigen zu wollen, höhnisch erwidert habe: „Kläger solle doch nur ja damit stillschweigen, man werde ihn ja auslachen". Veranlassung habe Kläger dem Beklagten zu dem Anfall niemals gegeben. Dieser habe aber schon früher seine Gehässigkeit gegen ihn an den Tag gelegt und vor nicht langer Zeit im Vorübergehen zu ihm gesagt: „Ich werde dich wohl mal treffen".

Mit der schließlichen Bemerkung, daß seine persönliche Sicherheit ihm gebiete, wegen dieses „mörderischen Ueberfalls" klagbar zu werden, hat der Kläger gebeten,

daß bei Vorladung des Beklagten und der Lotte Matzen, als Zeugin, ein Termin anberaumt und den Rechten gemäß unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten erkannt werden möge.

In dem am 1. d. M. abgehaltenen Termin hat der Beklagte geleugnet, den Kläger, wie behauptet, angefallen zu haben. Er behauptet: wie er am 22. v. M. dem Kläger begegnet sei, habe er diesen wegen einer „andern" Sache zur Rede gestellt; dabei sei derselbe böse geworden und habe die gedachte Bahre auf ihn geworfen, wogegen er sich denn allerdings gewehrt habe. Nach dieser Abwehr sei er aber fortgegangen, ohne dem Kläger weiter etwas zu thun.

Nachdem Kläger replicirt hatte, daß der Beklagte ihn sowohl mit der Faust geschlagen, als mit der Bahre gestoßen habe, und nachdem die Güte vergeblich versucht war, wurde zur Vernehmung der denominirten und sistirten Zeugin geschritten, welche auf gegebenen Handschlag bei Verlust der Ehre und des guten Leumunds in der Hauptsache Folgendes ausgesagt hat: Zur gedachten Zeit habe sie vor der Koppel ihres Brodherrn, in der sie gerade beschäftigt gewesen, ein Geschrei gehört und, deshalb aus dem Heckthor sehend, wahrgenommen, daß Kläger baarhäuptig dagestanden

Digitized by Google

und geschrieen, der Beklagte aber, im Davoneilen begriffen, gesagt habe: „schweig nur still, sonst lachen die Leute dich aus“, und später, in einiger Entfernung sich umdrehend, hinzugefügt habe; „weißt du es nun, warum du was gekriegt hast“. Weiteres, namentlich daß Beklagter den Kläger geschlagen oder daß beide sich gerauft, habe sie nicht wahrgenommen:

Darauf ist erkannt worden:*)

daß Kläger wegen nicht hinlänglich geführten Beweises mit seiner Klage abzuweisen, jedoch unter Vergleichung der Kosten.

Gegen dies Erkenntniß hat der Kläger rechtzeitig hierher supplicirt, und steht nach Maaßgabe seiner Beschwerden zur Frage:

principaliter, ob den Acten eine genügende Veranlassung zur Einleitung einer criminellen oder polizeilichen Untersuchung gegen den Supplicaten zu entnehmen ist;

eventualiter, ob der Beweis des Thatbestandes der Klage für nothdürftig erbracht zu halten;

in omnem eventum, ob nach Inhalt der Acten auf einen richterlichen Eid zu erkennen ist.

---

*) Entscheidungsgründe:

In thatsächlicher Erwägung, daß Kläger seine Klage darauf stützt, daß er am 22. v. M., Morgens zwischen 5 und 6 Uhr, auf dem Wege bei Gröderbye vom Beklagten angefallen und geschlagen und gestoßen worden;

in weiterer Erwägung, daß Beklagter die Wahrheit dieser Thatsachen in Abrede stellt;

in fernerer Erwägung, daß Zeugin zwar ausgesagt hat, daß sie ein Geschrei gehört, während sie in der Nähe zum Milchen gewesen, daß sie aber behauptet, es nicht gesehen zu haben, daß Beklagter den Kläger geschlagen oder gestoßen habe; daß sie aber hinzufügt, daß Beklagter, als er sich vom Kläger eine kleine Strecke entfernt gehabt, dem Letzteren zugerufen habe: „weißt du es nun, warum du etwas gekriegt hast“;

in endlicher Erwägung, daß dieser Beweis nicht vollständig genügend ist, um den Beklagten zu verurtheilen, und

in schließlicher Erwägung, daß die gegenwärtige Sache zu unbedeutend ist, um auf einen richterlichen Eid in dieser Sache erkennen zu können.

In Erwägung nun, daß weder durch die eigenen Anführungen des Klägers noch durch die sonstigen Ergebnisse der Verhandlung zu einem Verfahren von Amtswegen wider den Beklagten Veranlassung gegeben ist, indem es hiernach sich ebensowenig um eine schwerere Körperverletzung oder Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit, als um eine Nöthigung zu einem Dulden, Thun oder Unterlassen, wie sie zum Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit gehört, handelt, daß ferner die Aussagen der Zeugin auch in Verbindung mit den Einräumungen des Beklagten einen hinreichenden Beweis für die Wahrheit der der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen nicht liefern,

daß endlich die Wortfassung des § 3 der Verordnung vom 11. Mai 1798 eine andere Auslegung nicht zuläßt, als daß nur bei Realinjurien von Erheblichkeit, wenn auf andere Weise die Wahrheit nicht herauszubringen ist, nach richterlichem Ermessen ein Reinigungs- oder Erfüllungseid zuerkannt werden dürfe; daß aber im vorliegenden Fall den Acten keine Momente zu entnehmen sind, aus welchen darauf zu schließen wäre, daß der Kläger eine thätliche Beleidigung von erheblichem Belang erlitten haben möchte,

wird auf die rubricirte, am 14. d. M. hieselbst mit Bericht der Schlies- und Füsing-Hardesvogtei eingegangene Supplicationsschrift dem Supplicanten bei Zurückreichung der Originalagen

hierdurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig zu Flensburg, den 23. Septbr. 1864.

Criminalfälle.

Fahrlässiges Verhalten bei der Geburt eines unehelichen Kindes und heimliche Beiseiteschaffung der Leiche desselben.

In Untersuchungssachen wider Maria Dorothea Schiesewitz aus Norderfeld, adeligen Guts Oehe,

wegen heimlicher Geburt eines nachher todt gefundenen Kindes,

Digitized by Google

wird, nachdem das Oberſachwalteramt gegen das von dem Criminalgericht der Cappeler Harde unterm 30. Mai d. J. abgegebene Straferkenntniß anhero ſupplicirt hat,

in Erwägung,

1) daß die Inculpatin ihrem Geſtändniß zufolge im December v. J., nachdem ſie unmittelbar vorher bei der Küchenthür mit einigen von ihr getragenen Geräthen gefallen und ihr bei dieſer Gelegenheit das Fruchtwaſſer abgegangen war, wie in den untergerichtlichen Entſcheidungsgründen näher angegeben, ohne Anweſenheit anderer Perſonen hülflos ein uneheliches Kind geboren hat, daß ſie zwar ihrer Behauptung zufolge keine Regung an dem Kinde wahrgenommen, aber auch geſtändigermaaßen nicht genau unterſucht hat, ob das Kind lebendig oder todt ſei, daſſelbe vielmehr, ohne eine ſolche Unterſuchung vorher anzuſtellen, in ihre Schürze gewickelt und einſtweilen in eine in dem Waſchhauſe ſtehende Balje gelegt hat; daß ſie darauf, nachdem ſie inzwiſchen gewiſſe häusliche Geſchäfte beſorgt hatte, nach Verlauf von etwa einer halben Stunde ſich wieder um das Kind bekümmert und ſich jetzt endlich davon überzeugt hat, daß daſſelbe todt ſei, ſowie daß ſie ſodann die Leiche des Kindes in den bei dem Hauſe befindlichen Graben geworfen hat;

2) daß zwar die Strafe des Edicts vom 17. Mai 1754 nicht zur Anwendung kommen kann, da die Inculpatin ihrer Dienſtherrin auf deren Befragen ihre Schwangerſchaft vorher eingeſtanden hatte, daß es auch nicht als erwieſen vorliegt, daß durch das Verhalten der Inculpatin der Tod des Kindes herbeigeführt iſt; daß es dagegen der Inculpatin zur Laſt gelegt werden muß, daß ſie, als in Folge des Falles bei der Küchenthür das Fruchtwaſſer abging, die anweſende Meierin nicht um ihre Hülfe erſucht, auch, nachdem das Kind geboren, weder für die Unterbindung der Nabelſchnur, noch für eine gehörige Umhüllung und Pflege des Kindes geſorgt, ja nicht einmal ſich eine völlige Gewißheit darüber zu verſchaffen geſucht hat, ob das Kind lebendig oder todt ſei, ſowie daß ſie, nachdem ſie ſich davon überzeugt hatte, daß das Kind todt ſei, die Leiche deſſelben heimlich bei Seite geſchafft hat;

3) daß die von dem Untercriminalgericht erkannte zweimal fünftägige Gefängnißſtrafe bei Waſſer und Brod um ſo weniger für eine entſprechende Strafe gehalten werden kann, als die Inculpatin, die früher ſchon einmal geboren hatte, wußte, daß die Unterbindung der Nabelſchnur erforderlich ſei, auch wiſſen mußte, wie nöthig das ſofortige Eintreten der Pflege ſei, um das etwanige Leben des Kindes zu erhalten,

hiemittelſt für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Criminalgerichts der Cappeler Harde vom 30. Mai d. J. dahin abzuändern ſei, daß die Inculpatin Maria Dorothea Schieſewitz aus Norderfeld, adel. Gutes Oehe, wegen fahrläſſigen Verhaltens bei der Geburt ihres unehelichen Kindes, ſowie wegen heimlicher Beiſeiteſchaffung der Leiche ihres Kindes mit einer viermal fünftägigen Gefängnißſtrafe bei Waſſer und Brod zu belegen, auch ſchuldig ſei, die Koſten der Unterſuchung, inſoweit ſie des Vermögens, zu erſtatten.

Die Rechnung des Defenſors wird hiedurch auf 40 ℛ Cour. feſtgeſetzt.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 12. Juli 1864.

Unfähigkeit des Criminalrichters zur Theilnahme an der Unterſuchung und Entſcheidung wegen einer ihm zugefügten Amtsbeleidigung.

In Unterſuchungsſachen wider den Eingeſeſſenen Dethlef Fedderſen von Pellworm,

wegen öffentlicher Injurien,

wird, nachdem das Oberſachwalteramt wider das unterm 28. Juni d. J. von der criminalgerichtlichen Commiſſion zu Pellworm abgegebene Straferkenntniß anhero ſupplicirt hat,

in Erwägung,

1) daß der conſtituirte Landvogt Francke am 24. Juni d. J. eine Regiſtratur aufgenommen hat, der zufolge der Inculpat ihn am 23. Juni, wie er mit der Abhaltung einer Auction beſchäftigt war, gröblich beleidigt und namentlich die Ausdrücke „Hundsfott“ und „hundsföttiſcher Kerl“ gebraucht hat; daß darauf der Inculpat am 28. Juni d. J. von der criminalgericht-

Digitized by Google

lichen Commission zu Pellworm über den gedachten Vorfall vernommen, und daß derselbe sodann noch an demselben Tage von der gedachten criminalgerichtlichen Commission wegen schwerer, gegen den constituirten Landvogt öffentlich und, während derselbe in der Ausübung amtlicher Handlung begriffen war, begangener Verbaliniurien zu einer 6mal 5tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod verurtheilt ist;

2) daß der constituirte Landvogt Francke selbst an der Untersuchung und Entscheidung der zur Frage stehenden Sache Theil genommen, und daß das Obersachwalteramt durch diesen Umstand sich veranlaßt gesehen hat, auf Aufhebung des abgegebenen Straferkenntnisses anzutragen;

3) daß, wie überhaupt eine Amtsbeleidigung nicht leicht leicht vorkommen wird, ohne daß neben dem Amt zugleich auch die Person desjenigen, welcher das Amt bekleidet, beleidigt wird, so auch im vorliegenden Fall die dem Inculpaten angeschuldigte Amtsbeleidigung zugleich eine Beleidigung des fungirenden Beamten involvirt; daß also im vorliegenden Fall, wie regelmäßig bei der Amtsbeleidigung, das Interesse, welches das Oeffentliche an der Aufrechthaltung der Autorität seiner Organe hat, und das privative Interesse des beleidigten Beamten mit einander concurriren;

4) daß zwar der Grund, weshalb die Amtsbeleidigung von Amtswegen verfolgt und bestraft wird, nicht im privativen Interesse des beleidigten Beamten, sondern allein in dem Interesse des Oeffentlichen liegt, und daß eben deshalb auch bei der Bestrafung der Amtsbeleidigung nur das Interesse, welches das Oeffentliche hat, nicht aber das privative Interesse des beleidigten Beamten berücksichtigt werden darf; daß jedoch der Fall der Amtsbeleidigung in dieser Beziehung sich nicht wesentlich von allen anderen Fällen, in welchen der Richter der durch das Verbrechen Verletzte (z. B. der Bestohlene oder Betrogene ꝛc.) ist, unterscheidet, indem die Bestrafung des Verbrechens in den letzteren Fällen ebenso, wie in dem Fall der Amtsbeleidigung, im Interesse des Oeffentlichen und nicht im Interesse des Verletzten erheischt wird, und darauf, ob das Interesse, welches der verletzte Richter bei der Entscheidung der Sache hat, ein pecuniaires Interesse, wie z. B. wegen eines eventuellen Schadensersatzanspruchs, oder ein Interesse anderer Art ist, nichts ankommen kann;

5) daß also, insofern überhaupt der Criminalrichter, wenn er selbst bei der Sache betheiligt ist, für unfähig zur Theilnahme an der Untersuchung und Entscheidung erachtet werden muß, dieses im Allgemeinen auch für den Fall der Amtsbeleidigung anzunehmen ist; und daß, wenn es gleich nach der Gesetzgebung (cap. 1 de poenis in VI) und Praxis zugegeben werden muß, daß die Gerichte unter Umständen das Recht haben, zur Aufrechthaltung ihres amtlichen Ansehens die ihnen während ihrer Amtsverrichtung zugefügten Beleidigungen selbst zu bestrafen, dieses Recht doch den obigen Ausführungen zufolge nur als ein exceptionelles und an gewisse Voraussetzungen gebundenes Recht betrachtet und namentlich nur für solche Fälle anerkannt werden kann, in welchen es sich um die Erkennung einer bloß polizeilichen oder disciplinarischen Strafe handelt;

6) daß demnach der von dem Obersachwalteramt gestellte Antrag auf Aufhebung des abgegebenen Straferkenntnisses als gerechtfertigt erscheint,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das von der criminalgerichtlichen Commission zu Pellworm unterm 28. Juni d. J. gegen den Inculpaten Dethlef Feddersen abgegebene Straferkenntniß aufzuheben und statt des constituirten Landvogts Francke ein anderer Richter zu committiren sei, um die Untersuchung gegen den Inculpaten von Neuem zu führen und sodann diese Sache in erster Instanz zu entscheiden.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 26. August 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

47. Stück. — Den 21. November 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Solidarische Haft bei der actio legis Aquiliae wegen Körperverletzung. — In welchem Umfange die Kurkosten zu erstatten sind. — Civil- und Strafsachen präjudiciren einander nicht.

In Appellationssachen des Eingesessenen H. H. Kühl zu Reisieck und des Viehhändlers W. Schlotfeldt zu Elmshorn, Beklagten, jetzt Appellanten,

wider

den Eingesessenen Asmus Jürgens zu Bullenkuhlen, Kläger, jetzt Appellaten,

wegen Körperverletzung, daher Entschädigung s. w. d. a., jetzt Appellation wider das Erkenntniß der Ranzauer Administratur vom 6. Febr. d. J.,

ergeben die Acten:

Am 19. Febr. v. J. Abends hat im Hause des Wirths Stahl in Cölln zwischen den jetzigen Parteien eine Schlägerei stattgefunden, die zunächst zu einer polizeilichen Untersuchung Veranlassung gab, in welcher nach Vernehmung der betheiligten Personen und stattgehabter Beeidigung des Klägers mittelst Erkenntnisses der Ranzauer Administratur vom 20. Juli v. J. die beiden Beklagten und jetzigen Appellanten wegen gröblicher Mißhandlung des Klägers Jeder in eine Brüche von 20 ß R.-M. verurtheilt wurden.

Kläger hat sodann unter Bezugnahme auf diese Untersuchungsacten behufs Geltendmachung seiner privatrechtlichen Ansprüche bei der Ranzauer Administratur wider die beiden jetzigen Appellanten eine Klage erhoben und in derselben Folgendes angeführt. Als er zur angegebenen Zeit in dem Stahl'schen Wirthshause, wo außer den Parteien noch einige andere Personen zugegen gewesen, mit einem gewissen Reimers gesprochen und gehandelt habe, sei vom Beklagten Schlotfeldt dies mit dem Bemerken unterbrochen worden, daß Kläger schweigen (sein Schweigstill halten) solle, indem er nichts zu sagen habe. Auf die Entgegnung des Klägers, daß er im Zimmer ebensowohl sprechen könne, wie der Beklagte Schlotfeldt, habe Letzterer den Kläger sofort dermaaßen vor die Brust geschlagen, daß er vom Stuhl fiel. Beklagter Schlotfeldt habe sich nun über den Kläger geworfen und denselben mißhandelt, während der Beklagte Kühl seinen Rock ausgezogen und der Frau des Wirths Stahl mit der Aeußerung, daß er den Kläger erst recht tractiren wolle, übergeben, darauf gleichfalls mit Fäusten und Füßen den Kläger gestoßen und mißhandelt habe. Auf den Hülferuf des Klägers habe der gedachte Reimers Hülfe leisten wollen, sei aber von einem anderen Anwesenden daran verhindert worden. Kläger sei nun mit Fäusten und Füßen von den Beklagten bearbeitet und habe diese Mißhandlung eine geraume Zeit gedauert, indem namentlich der Beklagte Schlotfeldt ihn beim Kopf faßte und der Beklagte Kühl ihn mit Füßen gegen den Leib stieß. Kläger, an der Erde liegend und furchtbar von den Beklagten zugerichtet, sei endlich auf Händen und Füßen zur Stube hinausgekrochen und habe sich in den Kuhstall gerettet. Hier möge er sich wohl eine Viertelstunde aufgehalten haben, als die Frau des Wirths Stahl mit Licht erschien und ihn nach der Schlafstube holte, von wo er bald darnach

Digitized by Google

den Rückweg nach seinem Hause anzutreten versucht habe. In frischer Luft sei er bald so unwohl geworden, daß er an dem Düngerhaufen bei Stahls Hause niedersank und bewußtlos liegen blieb. Als er wieder zu sich kam, habe er sich mit großer Mühe nach Hause geschleppt, wo er blutend, zerkratzt und entstellt, mit zerrissenen Kleidern und unfähig, sich ferner aufrecht zu erhalten, so daß er gleich das Bett suchen und ärztliche Hülfe habe requiriren müssen, gegen 11 Uhr Nachts angelangt sei.

Um den Umfang der Verletzungen darzuthun, hat Kläger einen ärztlichen Bericht des Dr. Tielle in Barmstedt über den Befund bei einer am 20. Febr. v. J. früh Morgens angestellten Besichtigung und Untersuchung angelegt, welcher ergiebt, daß das Gesicht des Klägers überall in meist ¼ Zoll breiten Streifen zerkratzt, an der innern Seite beider Lippen und am Halse breite Hautstreifen abgerissen, die Ohren theilweise abgerissen, auf dem behaarten Theile des Kopfes an mehreren Stellen blutunterlaufene Beulen sichtbar, Kopf und Gesicht stark entzündlich geschwollen und entstellt gewesen seien, bei Berührung und Druck ein heftiger entzündlicher Schmerz in der Magen- und Milzgegend sich fühlbar gemacht habe und zu wiederholten Malen Blutbrechen eingetreten sei, was nur durch starken Stoß oder Schlag auf diese Organe herbeigeführt sein könne; außerdem die Unterbauchgegend arg zugerichtet und die Hoden entzündlich geschwollen gewesen seien, wobei die in der inneren Schenkelseite vorgefundenen blauen Beulen deutlich genug auf empfangene Stöße oder Schläge gegen die Genitaliengegend hingedeutet hätten.

Weiter heißt es in diesem Bericht, daß der Kranke zur Zeit der Ausstellung des Attestats (den 25. März v. J.) zwar seit mehreren Tagen am Tage außer Bett sein könne, indeß das Haus noch nicht verlassen dürfe, und daß Fahren und Reiten ihm noch nicht möglich sei, weil die vorhandene Schmerzhaftigkeit der Hoden die Bewegung auf unebenem Boden verbiete und nur das Tragen eines Suspensoriums das Umhergehen auf ebenem Zimmerboden gestatte. Im Anschluß hieran hat Kläger ausgeführt, daß er während circa zweier Monate das Bett nicht habe verlassen können, aber auch noch 4 Wochen später so angegriffen gewesen sei, daß er sein Geschäft, welches hauptsächlich in Viehhandel bestehe, nicht besorgen konnte, daher er in Folge der Körperverletzung mindestens 3 Monate völlig untüchtig gewesen sei, sein Geschäft zu betreiben.

Da nun die einem freien Menschen zugefügte Körperverletzung nach Römischem Rechte zur Erstattung der Heilungskosten, Ersatz der Versäumnisse und überhaupt Erstattung des gesammten Interesses, sowie nach der Praxis zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes verpflichte, so beanspruche Kläger:

1) Erstattung der angelegten Arztrechnung von 126 ℔ 82 ß R.-M., Apothekerrechnung von 16 ℔ 17 ß R.-M. und einer Barbierrechnung von 15 ℔ 75 ß R.-M., wobei indeß bemerkt werde, daß Kläger auf die in der letzteren Rechnung für Rasiren enthaltenen Ansätze eventuell verzichten wolle;

2) wegen 12wöchentlichen Versäumnisses seines Viehhandels und Landbetriebs einen Ersatz von 384 ℔ R.-M., indem er wöchentlich 32 ℔ R.-M. verdienen müsse, um bestehen zu können;

3) an Schmerzensgeld für circa 8wöchentliches Liegen zu Bett und ausgestandene Leiden die Summe von 533⅓ ℔ R.-M.;

4) für einen zerrissenen Rock und ein zerrissenes Beinkleid resp. 21 ℔ 32 ß und 8 ℔ R.-M.,

weshalb er, vorbehältlich richterlicher Ermäßigung, darauf antrage, die beiden in solidum für den angerichteten Schaden haftenden Beklagten zur Erstattung der gedachten Summen unter Verurtheilung in die Proceßkosten schuldig zu erkennen.

Excipiendo haben die Beklagten zunächst die Einrede der unstatthaften subjectiven Klagenhäufung opponirt, weil das von Polizeiwegen gefällte Straferkenntniß für die vorliegende Sache nicht maaßgebend sein könne, der Kläger nicht gleichzeitig mit den beiden Beklagten zusammen gerathen und daher von einer solidarischen Haft keine Rede sei, vielmehr Jeder nur für seine eigenen Handlungen verantwortlich sei und deshalb eine gemeinsame Vertheidigung nicht Platz greifen könne.

Eventuell haben sie sich nachstehend auf die Klage eingelassen. An dem beregten Nachmittag in der Stahlschen Gaststube hätten der Beklagte Schlotfeldt und Reimers über einen Pferdetausch sich in Unterhandlung befunden, in welche der Kläger ganz unbeikommend und ohne jegliche Aufforderung sich eingemischt habe, indem er das Schlotfeldt'sche Pferd herabzuwürdigen suchte und ein Thier anpries, das er selbst be-

Digitized by Google

ſitzen wollte. In aller Gemüthsruhe habe der Mitbeklagte Schlotfeldt zum Kläger geſagt: „miſche du dich nicht in unſern Handel und warte, bis wir fertig ſind“. Kläger entgegnete: „das will ich nicht, du haſt mir nichts zu ſagen“. Beklagter Schlotfeldt habe jetzt noch einmal allen Ernſtes ſeine Aufforderung wiederholt. Kläger habe dieſelbe aber gegen alle Sitte ſo wenig beachtet, daß er ſich nicht entblödete, ſeinen eichenen Stock aufzuheben und mit den Worten vor Schlotfeldt hinzutreten: „du Aas haſt mir nichts zu ſagen, ich will nicht ſchweigen“. Um nicht die Drohung mit dem Stock gegen ſich ausgeführt zu ſehen, habe Schlotfeldt den Kläger, vielleicht nicht ganz ſanft, von ſich geſchoben. Kläger ſei in Folge deſſen niedergefallen, möglicherweiſe ſei er über einen in der Nähe ſtehenden Stuhl geſtürzt, er habe ſich ſofort wieder aufgerafft und, während der Gaſtwirth Stahl vor Schlotfeldt hintrat, mit ſeinem Stock auf den Tiſch geſchlagen und bramarbaſirt. Als ob der Mitbeklagte Kühl entgelten ſollte, was ihm ſoeben widerfahren ſei, ſei der Kläger ſodann auf denſelben ſchimpfend und mit den Worten eingedrungen: „du Schinderhannes, dich will ich bezahlen“. Kühl habe nicht davon laufen können, und um den Kläger einzuſchüchtern, ſowie um ſeinen Rock nicht preiszugeben, habe er denſelben ausgezogen und der Wirthin behändigt, keineswegs aber die in der Klage angeführten Worte dabei gebraucht. Dies habe nichts geholfen, der Kläger ſei vielmehr auf Kühl zugedrungen und habe ihn mit ſeinem Stock in's Geſicht ohne Weiteres, wo er ihn traf, ſo geſchlagen, daß er unterhalb des Auges an zwei Stellen verwundet wurde und noch jetzt die Narben ſichtbar ſeien. Kühl habe ſich ſo gut gewehrt, wie er konnte, und möge dem Kläger wohl den einen oder andern Fauſtſchlag verſetzt haben. Schlotfeldt habe ſich hierbei nicht weiter betheiligt, als daß er dem Kläger ſeinen Stock wegnahm, nachdem Letzterer dem Kühl mehr als einmal in's Geſicht geſchlagen hatte. Bei dieſer Balgerei mit Kühl ſei der Kläger gar nicht zum Fallen gekommen, ſondern vielmehr, als er inne werden mochte, daß er ohne ſeinen Stock nichts beginnen könne, eilig und ganz flink aus der Stube davongelaufen. Wie es unwahr ſei, daß Schlotfeldt über den Kläger, als derſelbe zu Anfang niedergefallen ſei, ſich hingeworfen und fortgefahren habe, ihn mit Fäuſten und Füßen zu mißhandeln, ſo werde auch geleugnet, daß Kühl den Kläger mit Füßen tractirt und gemißhandelt habe. Ueberhaupt hätten beide Beklagte gleichzeitig und gemeinſchaftlich nichts anderes mit dem Kläger zu thun gehabt, als daß Schlotfeldt in der Balgerei des Kühl mit dem Kläger dem Letzteren ſeinen Stock weggenommen habe; insbeſondere werde daher geleugnet, daß Schlotfeldt den Kläger beim Kopfe gefaßt hatte, als Kühl denſelben mit Füßen geſtoßen habe, und daß ſie irgendwie im Complott mit einander den Kläger maltraitirt hätten. Die ganze Balgerei zuerſt mit Schlotfeldt und dann mit Kühl habe nicht länger als 3 bis 5 Minuten gedauert; was draußen mit dem Kläger aufgeſtellt ſei, wüßten Beklagte nicht, und leugneten ſie die desfälligen Behauptungen. Namentlich müßten Beklagte nesciendo in Abrede ſtellen, daß der Kläger blutend, zerkratzt und entſtellt erſt um 11 Uhr zu Hauſe angelangt ſei. Der ärztliche Befund ſcheine allerdings dafür zu ſprechen, Thatſache ſei es aber, daß Kläger in ſolchem Zuſtande die Stube nicht verlaſſen habe, und werde beſtritten, daß Beklagte oder Einer von ihnen es geweſen, welcher den atteſtirten Zuſtand am Geſichte, in der Bauchgegend und an den Genitalien herbeigeführt habe. Es ſei möglich, daß der Kläger in der Zwiſchenzeit bis zu ſeiner Nachhauſekunft ſich dieſen Zuſtand ſelbſt bereitet oder durch Andere zugezogen habe; auch conſtire nicht, ob die angebliche entzündliche Beſchaffenheit der Genitalien nicht ſchon früher vorhanden geweſen ſei und überhaupt werde der Atteſt eines behandelnden Arztes im Allgemeinen nicht eben unparteiiſch lauten. Unwahr ſei es ferner, daß Kläger circa 2 Monate das Bett habe hüten müſſen und 3 Monate geſchäftsuntüchtig geweſen ſei, da er ſpäteſtens 3 Wochen nach dem 19. Februar v. J. ſchon auf ſeinem Felde geſehen worden.

Nach dieſer Einlaſſung ſind folgende Einreden vorgeſchützt worden:

1) iſt die Einrede der unſtatthaften ſubjectiven Klagenhäufung zu peremtoriſchem Zwecke mit dem Bemerken wiederholt worden, daß Schlotfeldt, da derſelbe an der ganzen Balgerei ſich nicht betheiligt habe, unmöglich büßen könne, was dem Kläger in der Bauchgegend oder an den Genitalien zugefügt ſein möchte;

2) die Einrede der unbegründeten Klage, da der Kläger den beiden Beklagten gegenüber den Streit provocirt habe und daher, wenn auch die Letzteren, was beſtritten werde, bei ihrer Abwehr und Vertheidigung

Digitized by Google

etwas ausgeschritten sein sollten, rechtlich auf Satisfaction irgend welcher Art keinen Anspruch machen dürfe. Dabei ist ausgeführt worden, daß das polizeiliche Untersuchungsprotocoll mit seinen unbeeidigten Zeugenaussagen und der beeidigten Aussage des Klägers für das gegenwärtige Verfahren einer jeden Beweiskraft entbehre;

3) die Einrede der maaßlosen Pluspetition. Beklagte bestreiten, daß die von ihnen dem Kläger zugefügten Verletzungen eine ärztliche Hülfe, event. eine Hülfe in dem Maaße, wie sie geleistet zu sein scheine, nothwendig gemacht haben und verlangten event. eine specificirte und beikommenden Orts zu bestimmende Rechnung. Ebenfalls werde bestritten, daß die von dem Apotheker gelieferte Medicin und die verwandten Blutegel zu den von den Beklagten herrührenden Verletzungen erforderlich gewesen, während das Verlangen, daß nicht nur der Rasirlohn des Barbiers vergütet, sondern auch die jedesmalige Tour desselben bezahlt werden solle, völlig grundlos sei. Der Anspruch auf Ersatz für Versäumnisse müsse wegfallen, weil ein angeblich entzogener Gewinn, welcher ganz unsicher sei und in's Blaue hinein bezeichnet werde, nicht erstattet zu werden brauche, event. sei es bei dem geringen Betrieb und dem kleinen Viehhandel des Klägers schon hoch gegriffen, wenn derselbe möglicherweise im Ganzen etwa 30 ℛ Cour. eingebüßt hätte. Die Forderung für Schmerzensgeld sei ebenfalls ganz und gar übertrieben und könne auch, da nicht in puncto injuriarum geklagt sei, gar nicht erhoben werden. Die Beschädigung der klägerischen Kleidungsstücke werde geleugnet und hätten dieselben jedenfalls nicht den angesetzten Werth gehabt;

4) die Einrede der Compensation, indem der Mitbeklagte Kühl event. vom Kläger für die heftigen Schmerzen, welche er wochenlang von den ihm am Auge versetzten Stockschlägen gehabt, dieselbe Vergütung verlange, welche vom Kläger gefordert oder demselben zugebilligt werde.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung ist von der Ranzauer Administratur unterm 6. Februar d. J. erkannt worden:*)

daß Beklagte solidarisch schuldig zu erkennen, dem Kläger die eingelegte Arztrechnung zum Betrage von 126 ℛ 82 ß, sowie die eingelegte

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß die erhobene Klage nicht in den für Injurienklagen gesetzlich vorgeschriebenen Formen eingeleitet und daher als eine actio legis Aquiliae utilis anzusehen ist, welche nach Römischem Rechte auf Ersatz des verursachten Vermögensschadens an Heilungskosten und Arbeitsgewinn gerichtet ist, jedoch nach Vorschrift der P. H. G.-O. Art. 20 und der hiesigen Praxis (Anzeigen 1854, p. 168) auch die Entrichtung eines angemessenen Schmerzensgeldes keineswegs ausschließt, weshalb denn die in dieser Hinsicht vom Kläger gestellten Anträge an sich als in den Rechten begründet anzusehen sind;

in weiterer Erwägung, daß, die der Klage entgegengestellte Einrede der unstatthaften Klagenhäufung anlangend, das damnum injuria datum bei dem Vorhandensein mehrerer Theilnehmer an der Handlung, durch welche dasselbe bewirkt worden, eine solidarische Haft der Betheiligten herbeiführt, ohne daß es, zumal bei einem Raufhandel, weiter auf die größere oder geringere Schädlichkeit der dem Einen oder Anderen zur Last fallenden einzelnen Handlungen ankommen könnte, insofern sich der eingetretene schädliche Erfolg nicht etwa mit völliger Bestimmtheit auf die einseitige Thätigkeit des Einen oder Andern sollte zurückführen lassen, was in einem Falle, wie der vorliegende, unmöglich ist.

lex 11, § 2. Digad. leg. Aquil. IX. 2.

diese Einrede mithin bei der, eine solidarische Haft der beiden Beklagten begründenden geständigen Theilnahme derselben an derjenigen Prügelei, welche den Gegenstand der vorliegenden Klage bildet, als unbegründet zurückzuweisen ist;

in Erwägung sodann, was das Klagfactum selbst und den Beweis desselben anbetrifft, daß bei der stattgehabten Bezugnahme auf die in dieser Sache erwachsenen Untersuchungsacten eine Adjunction der letzteren und eine Berücksichtigung der dadurch gewonnenen Resultate nicht nur statthaft, sondern sogar geboten ist, insofern der daraus resultirende Beweis der der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen, wenn auch nicht unbedingt maaßgebend, so doch für die Beurtheilung des Civilpunktes auch für den Civilrichter von großer Relevanz sein muß;

in Erwägung nun, daß nicht blos aus den erwachsenen Untersuchungsacten, sondern auch aus der vorliegenden Einlassung der Beklagten hervorgeht, daß beide mit dem Kläger bei der fraglichen Gelegenheit in thätliche Conflicte gerathen sind,

und daß ferner aus dem zu den Acten gebrachten Atteste eines autorisirten und beeidigten Arztes her-

Digitized by Google

Apothekerrechnung zum Betrage von 16 ℛ 17 ß und die auf der Rechnung des Barbiers Fehrn verzeichnete Vergütung für Blutegel zum Betrage von 6 ℛ 1 ß, vorbehältlich der näheren Bestimmung dieser Rechnung durch die beikommende Medicinalbehörde, sowie an Entschädigung für Versäumniß und Schmerzen die Summe von zusammen 180 ℛ R.-M. innerhalb 6 Wochen ab insin. zu bezahlen und demselben die bis dahin erwachsenen Proceßkosten, ear. des. et mod. salva, zu erstatten, es sei

---

vorgeht, daß gleich nach diesem Raufhandel solche körperliche Verletzungen an dem Kläger wahrgenommen worden sind, welche nur durch starke Schläge und Stöße herbeigeführt sein können, und derselbe sich in einem Zustande befunden hat, welcher über seine gröbliche Mißhandlung keinen Zweifel übrig läßt und eine längere ärztliche Behandlung erforderlich gemacht hat;

daß demnach, bis zur etwaigen Führung des Gegenbeweises über die anderweitige Entstehung der an dem Kläger vorgefundenen Verletzungen, Beklagte als die Urheber derselben anzusehen sein werden, wobei es für die hier allein in Betracht kommende Entschädigungsfrage von keinem weiteren Belange erscheint, ob die fraglichen Conflicte etwa vom Kläger selbst provocirt sein möchten oder nicht, da in jedem Falle ein zur Entschädigung verpflichtender Exceß derselben vorliegt;

in Erwägung, daß daher in Beziehung auf das der Klage zum Grunde liegende Factum ein weiteres Beweisverfahren weder erforderlich, noch den Umständen nach möglich ist, da alle Personen, welche darüber Auskunft zu ertheilen im Stande sein möchten, bereits vernommen worden sind, ohne etwas die Beklagten Exculpirendes anführen zu können, Kläger bereits auf seine Aussage beeidigt ist und daher nicht noch einmal zum Erfüllungseide zugelassen werden kann und ein den Beklagten zuzuerkennender Reinigungseid, bei der strafbaren Natur des ihnen zur Last fallenden Verhaltens, mit den bestehenden Gesetzen nicht zu vereinigen sein würde;

in Erwägung, daß daher, in Entstehung eines den Beklagten in Beziehung auf die ihnen zur Last gelegte Urheberschaft der vorgefundenen Verletzungen annoch frei zu lassenden Gegenbeweises, nur noch die Größe der vom Kläger beanspruchten Leistungen zur Frage steht, deren nähere Bestimmung, namentlich was die Versäumniß und Schmerzensgelder anbetrifft, dem durch alle in Betracht kommenden Umstände geleiteten richterlichen Ermessen unterworfen ist, und daher höchstens nur in Beziehung auf die für gewisse Kleidungsstücke beanspruchte Vergütung annoch zu einer weiteren Beweisauflage Veranlassung sein kann, und

in Erwägung, daß anlangend,

1) die ärztliche Rechnung zum Betrage von 126 ℛ 82 ß, vorbehältlich deren nähere Bestimmung durch die vorgesetzte Medicinalbehörde, die Nothwendigkeit der verzeichneten Besuche nach der öffentlichen Stellung der autorisirten Aerzte ebensowenig eines weiteren Beweises bedarf, wie

2) die Nothwendigkeit der auf der Rechnung des Apothekers zum Betrage von 16 ℛ 17 ß aufgeführ- Medicamente und der auf der Rechnung des Barbiers mit 6 ℛ 1 ß aufgeführten Blutegel, während dagegen der übrige Theil dieser letzteren Rechnung, da in dem Gesundheitszustande des Klägers keine Nöthigung vorgelegen hat, sich einer so kostspieligen Hülfe zum Rasiren zu bedienen, den Beklagten nicht zur Last fallen kann;

daß ferner

3) hinsichtlich der beanspruchten Versäumniß keine zur Beweisauflage geeignete Thatsachen angeführt sind, aus welchen hervorginge, daß der Kläger, wenn er gesund geblieben wäre, einen wöchentlichen Verdienst von 32 ℛ R.-M. hätte machen können, im Uebrigen aber bereits aus dem zu den Acten gebrachten ärztlichen Atteste hervorgeht, daß der Beklagte mindestens 5 Wochen lang an der Besorgung aller außerhalb Hauses zu machenden Geschäfte und wahrscheinlich noch erheblich längere Zeit in der ordnungsmäßigen Betreibung derselben mehr oder weniger behindert gewesen ist, und daher eine ex aequo et bono auf 100 ℛ R.-M. festzustellende Vergütung für gestörten Geschäftsbetrieb, sowie

4) ein Schmerzensgeld von 80 ℛ R.-M. den in Betracht kommenden Umständen und den besonderen Verhältnissen sowohl des Klägers als der beiden Beklagten entsprechen möchte, während dagegen

5) in Beziehung auf die beanspruchte Entschädigung für zerrissene Kleidungsstücke beim Leugnen der Beklagten dem Kläger die geeignete Beweisführung aufzuerlegen sein wird,

der von Seiten des Beklagten Kühl compensando geltend gemachte Anspruch auf Schmerzensgeld dagegen bei der aus den Acten hervorgehenden Unerheblichkeit der erlittenen Verletzung zur Berücksichtigung nicht geeignet erachtet werden kann,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe hiedurch für Recht erkannt ꝛc.

Digitized by Google

denn, daß Beklagte binnen gleicher Frist rechtlicher Art und Ordnung nach darthun und erweisen, daß die nach dem ärztlichen Befunde bei dem Kläger vorgefundenen Verletzungen durch Kläger selbst oder durch dritte Personen demselben zugefügt worden seien.

Könnte und würde Kläger sodann binnen Ordnungsfrist rechtlicher Art und Ordnung nach darthun, daß ihm bei der fraglichen Gelegenheit ein Rock und ein Beinkleid von den Beklagten zerrissen und ihm dadurch ein Schaden von 29 ℛ 32 ß oder wie viel weniger erwachsen sei, so würde, Gegenbeweis vorbehältlich, auch in dieser Beziehung weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Criminalfälle.

Diebstahl an Wild aus aufgestellten Fallen.

In Untersuchungssachen wider Peter Georg Wilhelm Hinrichsen in Bockholm

wegen Diebstahls

wird, nachdem das Obersachwalteramt wider das von der Munkbrarup-Hardesvogtei am 26./27. Juli d. J. abgesprochene Straferkenntniß, wodurch der Inculpat wegen ersten wiederholten kleinen Funddiebstahls mit einer Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod belegt worden, anhero supplicirt hat,

In Erwägung,

1) daß der Inculpat in Gemäßheit seines mit den sonst ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständnisses im Herbst v. J. auf einer Koppel des Käthners Christian Joosten in Bockholm zu zwei Malen einen in einem Eisen gefangenen Fuchs, nachdem er denselben todtgeschlagen, aus dem Eisen gelöst und sich zugeeignet hat;

2) daß die Eisen, in welchen die beiden Füchse gefangen worden, von dem Setzwirth Jacob Petersen in Bockholm im Auftrage des Jagdpächters Andresen in Ringsberg ausgelegt waren und daß die obgedachte Koppel des Käthners Joosten in Bockholm zu dem von Andresen gepachteten, ihm also jederzeit zugänglichen Jagdrevier gehört; daß aber unter diesen Umständen angenommen werden muß, daß der Jagdpächter Andresen an den Füchsen, sowie dieselben in den Eisen gefangen waren, den Besitz und, was hier unmittelbar mit dem Besitz zusammenhängt, das Eigenthum erworben hat;

3) daß der von dem Obersachwalteramte hiergegen erhobene Einwand, daß es dem Andresen als Jagdpächter nicht erlaubt gewesen sei, die von ihm in seinem Jagddistrict ausgelegten Fangeisen durch Petersen allein „passen“ zu lassen, und daher dem von diesem allein und ohne persönliche Zuziehung des Andresen vorgenommenen Auslegen dieser Fangeisen nicht die Bedeutung und rechtliche Wirkung eines von Andresen selbst bewirkten Auslegens derselben beigelegt werden könne, mithin auch nicht die Wirkung, daß Andresen ohne Weiteres in den Besitz der fraglichen, in den von Petersen ausgelegten Eisen festgerathenen beiden Füchse gelangt sei, nicht begründet ist, indem es für den Erwerb des Besitzers nicht sowohl darauf ankömmt, ob es dem Jagdpächter erlaubt war, die in seinem Jagdrevier ausgelegten Eisen durch den Setzwirth Andresen passen zu lassen, als vielmehr auf die Thatsache, daß Petersen die Eisen im Auftrage des Andresen ausgelegt hat, und überdies auch dem Jagdpächter, wenn er gleich nach einer ausdrücklichen Bestimmung der Verordnung vom 8. Februar 1854 nicht befugt ist, das gepachtete Jagdrecht wieder an Andere zu überlassen, doch durch diese Bestimmung keineswegs die Befugniß genommen ist, sich bei Ausübung der gepachteten Jagd der Beihülfe Dritter zu bedienen, also auch auf seinem Jagdrevier Fangeisen durch Dritte ausstellen und passen zu lassen;

4) das demnach die hier zur Frage stehende Handlung des Inculpaten, da die beiden Füchse, als der Inculpat sich dieselben zueignete, bereits im Besitz und Eigenthum des Jagdpächters waren, nur als wirklicher Diebstahl, nicht als Jagddiebstahl oder Jagdcontravention, rechtlich angesehen werden kann;

5) daß die beiden Fuchsfelle zu 3 ℛ à Stück taxirt sind, sowie daß der Inculpat bisher nicht bestraft ist, daß dem Inculpaten mithin ein erster kleiner, jedoch wiederholter Diebstahl zur Last fällt; daß aber bei der

Digitized by Google

Bestimmung der Strafe der Umstand, daß eine solche Zueignung eines, wenn auch bereits gefangenen Stück Wildes nach der Anschauung der Bevölkerung kaum als Diebstahl betrachtet wird, wesentlich berücksichtigt werden muß,

für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß dahin abzuändern, daß Inculpat Peter Georg Wilhelm Hinrichsen in Bockholm wegen wiederholten ersten kleinen Diebstahls mit einer 5tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu belegen, auch schuldig sei, die Untersuchungskosten, so weit er des Vermögens, zu erstatten.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 3. September 1864.

Diebstahl nach vorgängigem Hinübersteigen über ein Stakett oder Plankwerk in einen ringsumfriedigten Raum ist kein durch Einsteigen qualificirter Diebstahl. — Trunkenheit als strafminderndes Moment.

In Untersuchungssachen wider den Arbeitsmann Andreas Bendix Henningsen in Niebüll

wegen Diebstahls

wird auf die von Seiten des Inculpaten eingereichte Supplicationsschrift,

in Erwägung,

1) daß von einer Bestrafung des Inculpaten wegen Entwendung des in seinem Besitze gefundenen Pfeifenkopfs nicht die Rede sein kann, da eine Entwendung dieses Gegenstandes objectiv nicht constatirt ist, so wie daß ferner auch der Inculpat nach demjenigen, was zur Zeit vorliegt, wegen Entwendung des Stockes des Christian Melssen und wegen Entwendung der bei ihm gefundenen Klotzen nicht bestraft werden kann, da die Bestohlenen nicht beeidigt, theilweise sogar nicht einmal von dem Criminalgericht vernommen sind, überdies auch die sonstigen Indicien in Betreff der gedachten, vom Inculpaten nicht gestandenen Entwendungen nicht in gehöriger Weise, namentlich auch nicht durch eine Beeidigung der betreffenden Zeugen festgestellt sind; daß aber von einer Vervollständigung der Untersuchung in Betreff des zur Frage stehenden Diebstahls abgesehen werden kann, da bei dem überaus geringfügigen Werth des Stockes und der Klotzen diese Diebstähle doch keinen irgend erheblichen Einfluß auf die Bestimmung der wider den Inculpaten zu erkennenden Strafe würden üben können;

2) daß demnach bei der Bestrafung des Inculpaten nur die von demselben verübte Entwendung dreier zu 18 ℛ 12 ß Cour. geschätzter Bettlaken von dem Bleichplatz des Rathmannes Melssen im Christian-Albrechten Kooge, eine Entwendung, die durch das Geständniß des Inculpaten und die Aussagen der Zeugen Wachsmuth, Siegfried Andresen und Broder Nissen constatirt ist, in Betracht kommt; daß aber diese Entwendung, wenn gleich der Inculpat, um zu dem Bleichplatz zu gelangen, über ein Plankwerk oder Stakett hinübergestiegen ist, doch als ein durch Einsteigen qualificirter Diebstahl nicht angesehen werden kann, da nach dem Art. 159 der peinlichen Gerichtsordnung zum Thatbestande des durch Einsteigen qualificirten Diebstahls gehört, daß der Dieb in eine „Behausung oder Behaltung" eingestiegen ist, die Ausdrücke „Behausung oder Behaltung" aber auf den hier zur Frage stehenden Bleichplatz nicht bezogen werden können;

3) daß der Inculpat in trunkenem Zustande den obengedachten Diebstahl verübt hat, und daß die Trunkenheit des Inculpaten, wenn auch, wie in den Entscheidungsgründen des Untercriminalgerichts ausgeführt ist, von einem die Zurechnung aufhebenden Grade derselben nicht die Rede sein kann, doch den ermittelten Umständen zufolge einen solchen Grad erreicht hat, daß sie als ein die Strafbarkeit des Inculpaten minderndes Moment in Betracht gezogen werden muß;

4) daß unter diesen Umständen die von Criminalgericht der Böcking-Harde gegen den Inculpaten erkannte halbjährige Zuchthausstrafe nicht als gerechtfertigt erscheint, vielmehr nur eine Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu erkennen war,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das von dem Criminalgericht der Böcking-Harde unterm 25. Juni d. J. abgegebene Straferkenntniß dahin abzuändern, daß der Inculpat Andreas Bendix Henningsen wegen ersten kleinen Diebstahls zu einer 3mal 5tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu verurtheilen, auch schuldig ist, die Kosten der gegen ihn ge-

Digitized by Google

führten Untersuchung, soweit er des Vermögens, zu erstatten.

Die Kosten der Supplicationsschrift werden zu 13 ℛ 12 ß Cour. bestimmt.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 1. August 1864.

Diebstahl. Unterschied von der Unterschlagung.

In Untersuchungssachen wider den Uhrmachergehülfen Carl Hinrich Kofahl aus Bramstedt

wegen Unterschlagung

wird, nachdem das Obersachwalteramt gegen das Straferkenntniß des Magistrats der Stadt Burg vom 13. Juli d. J., durch welches der Inculpat wegen Unterschlagung zu einer 3 mal 5 tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod verurtheilt worden, anhero supplicirt hat,

in Erwägung, daß nach der am 30. Juni d. J. beschafften Aussage des auch ein Uhrengeschäft treibenden Kaufmanns Ettler in Burg vor circa 3 Wochen von dem dortigen Kaufmann Schuhmacher 2 Uhren, nämlich eine Damenuhr und eine silberne Taschenuhr, um solche zu repariren, bei ihm eingeliefert und einstweilen auf eine Riole in seinem Kaufmannsladen hingelegt sind, und Tags darauf, nachdem Ettler noch ganz kurz vorher beide Uhren auf der Ladenriole hat liegen sehen, der bei ihm in Arbeit stehende Inculpat nach Arbeit gefragt, und als darauf ein Knabe, Schwestersohn des Kaufmanns Ettler, erwidert, daß die beiden Uhren im Laden lägen, dahin gegangen, aber zu ihm mit der Bemerkung in die Stube gekommen, daß er nur eine, nämlich die silberne Uhr, im Laden vorgefunden, und daß Inculpat in Gemäßheit seines Geständnisses die ihm vorgelegte von dem Kaufmann Ettler, sowie dem Kaufmann Schumacher und dem Goldschmied Müller, bei welchem Schumacher die Uhr gekauft, recognoscirte goldene Damenuhr von einer Riole im Ettler'schen Laden weggenommen und in Bramstedt einem dortigen Uhrmacher gegen eine andere später von ihm in Burg für 13 ℛ 8 ß verkaufte Uhr und 6 ℛ 8 ß baar überlassen hat;

in fernerer Erwägung, daß demnach, da die fragliche Uhr zur Zeit der Zueignung derselben von Seiten des Inculpaten sich nicht in seiner, sondern in fremder Detention befunden, keine Unterschlagung, sondern eine Entwendung der Uhr von Seiten des Inculpaten vorliegt und, da der Werth der Uhr auf 45 ℛ taxirt worden, der Inculpat sich eines großen Diebstahls schuldig gemacht hat;

in endlicher Erwägung, daß der Inculpat in Gemäßheit einer Anzeige der Hamburger Polizeibehörde vor seiner heimlichen Entfernung von Hamburg im October 1862 mehrere ihm anvertraute Uhren unterschlagen hat, von einer weiteren Verfolgung jedoch auf Antrag der Betheiligten, da er theilweise Ersatz geleistet, abgesehen ist, auch sonst keine Strafminderungsgründe für Inculpaten sprechen, daher die erkannte Strafe im Verhältniß zu dem verübten Verbrechen zu niedrig erscheint,

für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Magistrats der Stadt Burg dahin abzuändern, daß der Inculpat Carl Hinrich Kohfahl aus Bramstedt wegen ersten großen Diebstahls mit einer 4mal 5tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu belegen, auch die Kosten der Untersuchung, soweit er des Vermögens, zu erstatten schuldig sei.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 9. August 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

48. Stück. — Den 28. November 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Solidarische Haft bei der actio legis Aquiliae wegen Körperverletzung. — In welchem Umfange die Kurkosten zu erstatten sind. — Civil- und Strafsachen präjudiciren einander nicht.

(Beschluß.)

Gegen dies Erkenntniß haben die Beklagten die Appellation ergriffen und ihre Beschwerden darin gesetzt, daß

1) wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr
2) auf Grund der vorgeschützten Einrede der unstatthaften subjectiven Klagenhäufung die Klage angebrachtermaaßen abgewiesen worden, ref. exp.; event.
3) daß die Klage, abgesehen von den verfolgten einzelnen Schadensansprüchen, für begründet und sogar für erwiesen erachtet, und nicht vielmehr als unbegründet zurückgewiesen worden, ref. exp.; event.
4) daß nicht auf Beweis der Körperverletzung erkannt worden;
5) daß nicht event. die zu peremtorischem Zwecke wiederholte Einrede der unstatthaften subjectiven Klagenhäufung als solche die erbetene Berücksichtigung gefunden hat, und mit besonderer Rücksicht darauf die Klagefacta, welche die solidarische Haft begründen sollen, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, nicht zum Beweise sind verstellt worden; event.
6) daß nicht zugleich auch den Beklagten je einzeln (ganz event. vereint) der Beweis reservirt worden, daß der Kläger es gewesen, der den Einen wie den Andern von ihnen in der excipiendo angegebenen Weise zum Streit provocirt habe; event.
7) daß, was die einzelnen Schadensansprüche betrifft, die vorgeschützte exceptio pluspetitionis nicht die gebührende Berücksichtigung gefunden;

   a) die eingelegte Arztrechnung, trotzdem vom 20. Februar bis zum 4. April 32 Touren zu zu dem Patienten sollten unternommen sein, nicht so wie selbige edirt worden, zurückgewiesen, event. dem Kläger nicht aufgegeben ist, eine specificirte Rechnung, wie solche für die Bestimmung der Medicinalbehörde geboten ist, einzuliefern, daß nicht auch zugleich dem Kläger zum Beweise verstellt worden, daß daß all jene Touren und Anordnungen des Arztes zu seiner Heilung nothwendig gewesen, und den Beklagten dabei nicht der behufige Gegenbeweis reservirt worden;

   b) daß der Betrag für die angeblich erlittene Versäumniß auf 100 ℛ℔ und nicht vielmehr auf 16 ℛ℔ höchstens 24 ℛ℔ festgesetzt worden;

   c) daß nicht das Schmerzensgeld auf 16 ℛ℔ höchstens 24 ℛ℔ reducirt worden; event.
8) daß, (was übrigens anscheinend auf einem bloßen Schreibfehler beruhe und mit den Entscheidungsgründen nicht übereinstimme) in dem tenor sententiae nur bei der Blutegelrechnung und nicht

Digitized by Google

auch bei der Arztrechnung eine Bestimmung der Medicinalbehörde vorbehalten sei, event.

9) daß rücksichtlich des Schmerzensgeldes, die von dem Mitappellanten Kühl opponirte exceptio compensationis nicht gehört, und in Folge dessen das Maaß des Schmerzensgeldes dem Mitappellanten Schlotfeldt gegenüber nicht noch um die Hälfte reducirt worden;

10) daß der Anspruch für die angeblich zerrissenen Kleidungsstücke von den übrigen Ansprüchen in geschehener Weise getrennt und das Kostenerkenntniß nicht bis dahin ausgesetzt worden, daß sich ergeben, ob der Kläger den Beweis beizubringen im Stande oder nicht, event.

11) daß die Beklagten verurtheilt worden, die bis dahin erwachsenen Proceßkosten zu erstatten und nicht vielmehr schon mit Rücksicht darauf, daß der mit in Anspruch genommene Barbierlohn aberkannt, und die prätendirte Vergütung für Versäumniß und erlittene Schmerzen von resp. 384 ℛ und 533⅓ ℛ auf den Gesammtbelauf von 180 ℛ reducirt worden ist, auf Vergleichung der Kosten erkannt worden.

Kläger hat von dem Recht der Adhäsion Gebrauch gemacht und seine Adhäsionsbeschwerden darin gesetzt:

daß von der Unterinstanz ihm für gestörten Geschäftsbetrieb nur eine Entschädigung von 100 ℛ R.-M. und ein Schmerzensgeld von 80 ℛ R.-M. zuerkannt, und nicht vielmehr nach dem Antrage der Klage für gestörten Geschäftsbetrieb 384 ℛ R.-M. und für Schmerzensgeld 533⅓ ℛ R.-M., event. nicht als Ersatz für Ersteren mindestens 280 ℛ, für Schmerzensgeld 700 ℛ, ganz event. 600 ℛ zuerkannt worden.

Es steht demnach zur Frage, in wie weit diese Beschwerden für begründet zu erachten.

In Erwägnng nun, daß die solidarische Verpflichtung der Beklagten, welche in der erhobenen Klage dadurch begründet worden ist, daß Beide zusammen und gleichzeitig den Kläger mit Schlägen und Stößen mißhandelt haben, auch nach der abweichenden Geschichtserzählung der Beklagten statuirt werden muß, weil

1) der Mitbeklagte Schlotfeldt einräumt, daß er an der zwischen seinem Streitgenossen Kühl und dem Kläger stattgehabten Prügelscene durch Wegnahme des Stocks, mit welchem der Kläger gegen Kühl sich vertheidigte, sich betheiligt habe und hieraus seine Mitverantwortlichkeit für die in diesem Gefinge dem Kläger abseiten des Kühl zugefügten Verletzungen sich nach dem allgemeinen Grundsatz ergeben würde, daß, wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Delict begehen, Jeder ohne Rücksicht auf seine besondere Art der Theilnahme sich des ganzen vollständigen Delicts schuldig macht;

2) auch nach der beklagtischen Darstellung des Streits, dessen ganze Dauer auf 3 bis 5 Minuten angegeben wird, es nicht möglich ist, den etwa eingetretenen schädlichen Erfolg dergestalt zu zerlegen, daß auf die einseitige Thätigkeit des Einen oder Andern mit Bestimmtheit ein gewisses Maaß sich könnte zurückführen lassen, nach l. 11, § 2 und l. 51, § 1 ad l. Aquil. (9, 2) aber in den Fällen, wo Jemand verschiedene Verletzungen von Mehreren erhalten hat, ohne daß sich constatiren läßt, von wem die einzelnen Verletzungen herrühren, Jeder, welcher erweislichermaaßen an dem Geschädigten sich vergriffen hat, für den ganzen Schaden einzustehen verbunden ist;

in Erwägung, daß hiernach nicht nur die Einrede der unstatthaften subjectiven Klagenhäufung wegfällig wird, sondern auch das Verlangen der Beklagten, daß wegen der behaupteten Solidarhaft an den Kläger eine Beweisauflage ergehe oder ihnen ein entsprechender Beweis frei gelassen werde, als unbegründet erscheint, folglich die Beschwerden 2 und 5 zu verwerfen sind;

in Erwägung, daß die Anführung der Beklagten, der Kläger habe resp. durch Drohungen und Thätlichkeiten die Conflicte mit ihnen provocirt, nicht berücksichtigt werden kann, da unter Voraussetzung des Nachweises der agendo behaupteten Mißhandlung immerhin ein zur Entschädigung verpflichtender Exceß abseiten der Beklagten verbleiben würde, daher die Einrede der unbegründeten Klage mit Recht vom judicium a quo verworfen und die 6. Beschwerde nicht zu hören ist;

in Erwägung, daß die Beklagten die vom Kläger ihnen zur Last gelegte Mißhandlung bestreiten, daß Kläger zur Liquidirung seiner Klagfacta auf die erwachsenen Untersuchungsacten Bezug genommen hat und daß vom judicium a quo der dem Kläger obliegende Nachweis mittelst dieser Untersuchungsacten als erbracht angesehen und nur den Beklagten annoch

Digitized by Google

der Gegenbeweis freigelassen ist, daß die in dem ärztlichen Befund bezeugten Verletzungen dem Kläger durch ihn selbst oder durch dritte Personen zugefügt worden;

in Erwägung, daß Civil- und Strafsachen einander nicht präjudiciren und aus dem in der einen Sache ergangenen Erkenntnisse keine res judicata für die andere Sache erwächst, insbesondere die in einem Strafurtheile ausgesprochene Ueberführung eines Angeschuldigten nicht ohne Weiteres den Letztern verpflichtet, dem durch sein Verbrechen oder Vergehen Beschädigten den erlittenen Schaden zu ersetzen, vielmehr der Civilrichter selbstständig nach den für den Civilproceß geltenden Beweisregeln zu beurtheilen hat, ob das Delict begangen sei, daß indeß die im Untersuchungsverfahren herbeigeschafften Beweismittel und Beweisgründe auf Antrag der betreffenden Partei im Civilverfahren benutzt werden können und auf diese Weise ein Strafurtheil thatsächlich auf den Civilpunkt von Einfluß sein kann, insofern mittelst der dort gewonnenen Beweisthümer auch nach civilproceßualischen Regeln eine Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit für verneinte Thatsachen zu erlangen ist;

in Erwägung, daß zwar auch das judicium a quo diesen Grundsatz, wornach einem Strafurtheil jegliche formelle Bedeutung hinsichtlich des Civilpunkts abgeht, adoptirt und demgemäß auf eine materielle Würdigung der in den Untersuchungsacten enthaltenen Beweisthümer sich eingelassen hat, daß indeß in letzterer Hinsicht das angefochtene Erkenntniß nicht aufrecht erhalten werden kann, weil die Bezugnahme des Klägers auf die Ergebnisse der Polizeiuntersuchung als eine anticipirte Beweisantretung anzusehen ist, und wenn, wie geschehen, den Beklagten der directe Gegenbeweis hat freigelassen werden müssen, der Richter sich über die Frage, ob und inwieweit der anticipirte Hauptbeweis gelungen sei, nicht auszusprechen hat, vielmehr die Prüfung desselben bis nach Beendigung des Beweisverfahrens vorzubehalten und in gewöhnlicher Form eine Beweisauflage zu erlassen ist, demnach die 3. und 4. Beschwerde insoweit als begründet erscheinen;

in Erwägung, die Kurkosten anlangend, daß das Erkenntniß der Ranzauer Administratur, soweit es die eingelegte Apothekerrechnung von 16 ℛ 17 ß, und die auf der Rechnung des Barbiers Fehrn verzeichnete Vergütung für Blutegel von 6 ℛ 1 ß, vorbehältlich der näheren Bestimmung dieser Rechnungen durch die beikommende Medicinalbehörde, als zu vergütende Auslagen approbirt hat, nicht angefochten worden ist und daher diese Beträge nicht weiter zur Prüfung stehen, daß die Beklagten dagegen die Nothwendigkeit der in der Arztrechnung aufgeführten 32 Besuche und 29 Receptverordnungen bestreiten und überdies eine zur Bestimmung durch die Medicinalbehörde geeignete specificirte Rechnung verlangen, daß der Urheber einer Körperverletzung nur zur Erstattung derjenigen Auslagen, welche bei ordnungsmäßiger Kur erforderlich waren, verpflichtet ist, und der Beschädigte im Fall des Ableugnens die Nothwendigkeit der behaupteten Kosten, falls solche sich nicht aus den Umständen von selbst ergiebt, zu erweisen hat, daß zur Zeit nicht zur Prüfung steht, ob durch die vom Kläger beigebrachte nicht specificirte und nicht attestirte Arztrechnung dieser Nachweis erbracht ist, da den Beklagten der Gegenbeweis nicht abgeschnitten werden darf, und daß daher auch hier, wie bei jedem anticipirten Beweis, ein Beweisinterlocut abzugeben ist, womit der desfällige Passus der 7. Beschwerde, sowie die 8. Beschwerde sich erledigt;

in Erwägung, daß zur Feststellung der dem Kläger event. zuzusprechenden Entschädigung für Versäumnisse es in den Acten zur Zeit an einem sichern Anhalt fehlt, da die Behauptung des Klägers, daß er 3 Monate lang in Folge der erlittenen Mißhandlung geschäftsuntüchtig gewesen sei, von den Beklagten bestritten worden ist und Letztere vielmehr anführen, daß derselbe schon nach 3 Wochen wieder auf dem Felde gewesen sei, daß daher nach Maßgabe der 7. Beschwerde die vom judicium a quo getroffene Festsetzung dieser Entschädigung zu beseitigen und zunächst dem Kläger ein Beweis über die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit aufzulegen ist;

in Erwägung, daß, da die Höhe des Schmerzensgeldes von dem Umfange der erlittenen Verletzungen abhängig ist und in dieser Hinsicht der Kläger einen Beweis zu erbringen haben wird, selbstfolglich erst nach beendigtem Beweisverfahren über das zuzubilligende Schmerzensgeld zu erkennen steht und demnach auf Grund der 7. Beschwerde die in dem angefochtenen Erkenntniß bereits enthaltene Normirung aufzuheben ist;

in Erwägung, daß dem Vorstehenden zufolge die

Digitized by Google

aufgestellten Adhäsionsbeschwerden sich von selbst erledigen;

in Erwägung, zur 9. Beschwerde, daß der von dem Mitbeklagten Kühl compensando geltend gemachte Anspruch auf ein Schmerzensgeld in Anbetracht der verhältnißmäßigen Geringfügigkeit der behaupteten Verletzung mit Recht vom judicium a quo zurückgewiesen worden ist, und

in Erwägung, daß die aufgestellten gravamina über die Behandlung der Proceßkosten mit der Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses und Absprechung eines Beweisinterlocuts ihre Erledigung finden,

wird auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten nach mündlich verhandelter Sache hiedurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt, daß die sententia a qua dahin abzuändern:

Könnte und würde unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide innerhalb Ordnungsfrist der Kläger rechtlicher Art nach darthun und erweisen:

1) daß er, als er am 19. Februar v. J. im Stahlschen Wirthshause zu Cölln mit den Beklagten zusammengetroffen, von den Letztern die in dem ärztlichen Befund vom 20. Febr. selb. J. aufgeführten Verletzungen erhalten habe,

   wobei den Beklagten der Gegenbeweis namentlich dahin freigelassen wird, daß die nach dem ärztlichen Befund bei dem Kläger vorgefundenen Verletzungen durch Kläger selbst oder durch dritte Personen ihm zugefügt worden,

2) daß in Folge dieser Mißhandlungen ihm eine Arztrechnung von 126 ℛ 82 ß R.-M. oder wie viel weniger erwachsen sei,

3) daß ihm bei der fraglichen Gelegenheit ein Rock und ein Beinkleid von den Beklagten zerrissen und ihm dadurch ein Schaden von 29 ℛ 32 ß R.-M. oder wie viel weniger erwachsen sei,

4) daß er in Folge dieser Mißhandlungen 3 Monate oder wie viel kürzere Zeit arbeitsunfähig gewesen sei,

so würde sowohl in der Hauptsache als der Kosten wegen weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird. Unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 7. Octbr. 1864.

Die Frage, ob ein gerichtliches oder polizeiliches Verfahren vorliege, ist nach den allgemeinen Gründen der Competenz und nicht nach der von der betreffenden Behörde etwa gewählten unrichtigen Bezeichnung zu entscheiden. — Eine Wiederherstellung des status quo kann, wenn ein nichtiges processualisches Verfahren vorliegt, nicht von dem Richter gefordert, sondern nur dem Proceßgegner gegenüber durch geeignete Rechtsmittel erstritten werden. — Die Syndicatsklage setzt dolus voraus.

Der im Dorfe Heist, Kirchspiels Rellingen, beheimathete Armenalumne Claus Brütt hatte im Herbste 1862 bei dem Eingesessenen Timmermann in Uetersen eine Miethwohnung bezogen und wurde von der Dorfschaft Heist bis Michaelis 1863 die Miethe bezahlt. Später beantragte das Uetersener Armencollegium die sofortige Entfernung des Brütt in seine Heimath, worauf demselben unterm 14. December v. J. von der Klösterlichen Obrigkeit in Uetersen der Befehl beigelegt wurde, innerhalb 3 Tagen den Flecken Uetersen zu räumen und sich mit seiner Familie nach Heist zu begeben. Auf Brütt's Ansuchen fanden der Vogt Früchtenicht und die Armenvorsteher in Heist sich bereit, denselben mit seinen Sachen auf einem Wagen abzuholen und nach Heist bringen zu lassen. Der Eingesessene Timmermann legte zwar dem Ausziehen des Brütt mit Familie keinerlei Hindernisse in den Weg, verlangte aber, daß die von Brütt inferirten Gegenstände zurückbleiben sollten, weil noch ein Theil der Miethe rück-

Digitized by Google

ständig sei und er daher das Retentionsrecht an den Invecten und Illaten ausüben dürfe. Der Vogt Früchtenicht bat in Anlaß dessen um polizeiliche Assistenz und wurde ihm am 19. December v. J. ein Polizeidiener beigeordnet, welchem Letzteren zu diesem Behuf ein schriftlicher, von dem Klostersyndicus Klenze Namens der Klösterlichen Obrigkeit unterzeichneter Auftrag behändigt wurde. Es sind sodann unter Widerspruch des Timmermann die Brütt'schen Sachen aus dessen Wohnung fortgeschafft worden.

Der Eingesessene Timmermann hat nun wider den Klostersyndicus Klenze eine Beschwerde, event. Syndicatsklage hieselbst eingereicht und darin beantragt, daß Letzterer schuldig erkannt werde, sofort den status quo ante wiederherzustellen, event. dem Querulanten die rückständige Miethe von 18 ℛ zu bezahlen und die Kosten zu erstatten.

Auf diese Eingabe wurde nachstehender Bescheid abgegeben:

Auf die sub praes. den 20. December v. J. hieselbst eingereichte Beschwerde, event. Syndicatsklage des Eingesessenen Carl Timmermann auf dem Oertberge in Uetersen, Querulanten,

wider

den Klostersyndicus Klenze daselbst, Querulaten,

wegen von demselben Namens der Klösterlichen Obrigkeit geschehener gewaltsamer Eingriffe in des Querulanten Privatrechte, daher Wiederherstellung des status quo, event. Schadensersatz und Bestrafung s. w. d. a.,

wird nach erstattetem Bericht des Klostersyndicus Klenze vom 9. Januar d. J. und geschehener Vernehmung der von dem Querulanten namhaft gemachten Zeugen,

in Erwägung, daß das von dem Klostersyndicus Klenze als Vertreter der Klösterlichen Obrigkeit zu Uetersen ausgegangene Verfahren in dieser Sache, durch welches der Querulant sich beschwert erachtet, wenn auch in dem Befehle vom 19. December v. J. von der Leistung polizeilicher Hülfe die Rede, doch als ein gerichtliches Verfahren aufgefaßt werden muß, da die Qualität des im einzelnen Falle vorliegenden Verfahrens sich nach den allgemeinen Gründen der Competenz und nicht nach der von der betreffenden Behörde etwa gewählten unrichtigen Bezeichnung bestimmt, im gegenwärtigen Falle aber es um eine Entscheidung über die der Räumung entgegenstehenden Ansprüche des Querulanten sich handelt, welche nur im Rechtsweg geschehen konnte;

in Erwägung sodann, daß wenn auch das hier vorliegende processualische Verfahren ein nichtiges wäre, worüber zur Zeit nicht zu entscheiden ist, doch eine Wiederherstellung des status quo nicht von dem Richter, welcher die den Querulanten verletzenden Verfügungen erlassen, zu fordern wäre, sondern nur gegen den Proceßgegner durch geeignete Rechtsmittel erstritten werden könnte, und

in Erwägung, daß von einer begründeten Syndicatsklage nicht die Rede sein kann, weil diese ein dolöses Verfahren des Richters zur Voraussetzung hat,

cf. R. G. O. III, 53, § 5, 6 und 10,

ein Dolus des Syndicus Klenze aber in der Beschwerde des Querulanten nicht behauptet worden ist,

dem Querulanten hiedurch von Obergerichtswegen ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 4. April 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Versprechen fremder Leistungen.

In Sachen der Provisoren und Vorsteher des Hospitals und Klosters zum heiligen Geist in Flensburg, Provocanten, Beklagten und Appellanten,

gegen

Magistrat und Deputirtencollegium der Stadt Flensburg, Provocaten, Kläger und Appellaten,

wegen Unterhaltung eines Bollwerks,

ergeben die Acten:

Zwischen dem Magistrat und Deputirtencollegium der Stadt Flensburg, Namens der Stadt, und den Provisoren des Hospitals zum heiligen Geist, Namens des Hospitals, ist unterm $\frac{\text{20. März}}{\text{29. August}}$ 1805 wegen der bis dahin streitig gewesenen Grenze des Hospitalsgrun-

Digitized by Google

des nach dem Flensburger Hafen zu ein einerseits vom Magistrat und Deputirtencollegium und andererseits von den Provisoren und Vorstehern nebst den p. t. Gevollmächtigten des Hospitals unterschriebener Vergleich zu Stande gekommen, dessen erster Paragraph so lautet:

„Ein neulich dem Grunde des Schiffers Hans Thielsen gegenüber geschlagenes, gegenwärtig erst aus 35 Fächern bestehendes Bollwerk soll als die äußerste Grenze des Hospitalsgrundes nach dem Flensburger Hafen, oder nach Westen, künftig angesehen, und gegen Süden in grader Linie nach Plankemay, 38 Ellen westwärts von dem äußersten nördlichen dicken Pfahl des zu Osten bei Plankemay befindlichen Plankwerks angerechnet, fortgesetzt, gegen Norden aber in einer etwas schrägen Richtung nach der sogen. Pilkentafel = Wiese, 38 Ellen westwärts von dem nordwestlichen äußersten Pfahl des daselbst befindlichen Plankwerks angerechnet, gleichfalls in grader Linie continuirt werden.

Das Hospital übernimmt die Verbindlichkeit, gedachtes Bollwerk auf Kosten der Hospitalsuntergehörigen durch selbige verantwortlich und so, daß dem Hafen daraus kein Nachtheil erwachse, schlagen und stets unterhalten zu lassen."

Als neuerdings das Bollwerk der Refection bedurfte, hat sich zwischen der Stadt und dem Hospital über die Pflicht zur Unterhaltung desselben ein Streit erhoben, den das Ministerium für das Herzogthum Schleswig unterm 16. April 1863 zu Ungunsten des Hospitals entschieden hat, wobei letzterem jedoch freigelassen worden ist, die Sache zum Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung zu machen. In Folge dessen haben die Provisoren und Vorsteher des Hospitals beim Appellationsgerichte für das Herzogthum Schleswig Behufs Behandlung und Entscheidung der Sache in erster Instanz die Ernennung einer Commission erwirkt und bei der vom Appellationsgericht ernannten Commission gegen Magistrat und Deputirtencollegium ein Provocationsmandat impetrirt, worauf letztere gegen die Provisoren und Vorsteher des Hospitals eine Klage erhoben haben. Unter Bezugnahme auf den Vergleich und mit dem Bemerken, daß das in einem verfallenen Zustande befindliche Bollwerk einer gründlichen Refection bedürfe, daß jedoch mit Rücksicht auf die bevorstehende Ausfüllung des Hafens an einer näher zu bezeichnenden Stelle von der Refection des Bollwerks abgesehen werden könne, haben die Kläger um ein Erkenntniß gebeten,

daß die Beklagten in qual. qua schuldig seien, die Refection des zwischen Plankemay und der Pilkentafel-Wiese vor Norder St. Jürgen befindlichen Hafenbollwerks nach Maaßgabe des Vergleichs vom 29. August 1805, vorbehältlich einer näheren Bestimmung über die der Refection etwa nicht zu unterziehende, der Steinmole bei Plankemay gegenüber liegende Strecke des gedachten Bollwerks, innerhalb Ordnungsfrist bewerkstelligen zu lassen, auch den Klägern innerhalb derselben Frist die Proceßkosten, d. e. m. s., zu erstatten.

Die Beklagten haben eingeräumt, daß die Instandsetzung des Bollwerks erforderlich sei, sie haben der Klage zunächst die Einrede der fehlenden Passivlegitimation und des fehlenden Klagrechts, event. die Einrede der mehreren Streitgenossen, opponirt und um gänzliche Entbindung von der Klage, resp. um Abweisung derselben, maaßen sie angebracht, ref. exp. gebeten.

Zur Begründung der principalen Einrede haben die Beklagten Folgendes angeführt:

Nach dem Inhalt des Vergleichs habe das Hospital sich nicht verpflichtet, das Bollwerk auf eigene Kosten zu schlagen und zu unterhalten, sondern nur die Verbindlichkeit auf sich genommen, solches auf Kosten der Untergehörigen und durch dieselben ausführen zu lassen. Der Uebernahme dieser Verpflichtung habe offenbar die Ansicht und Voraussetzung zum Grunde gelegen, daß den Besitzern der am Hafen belegenen Norder St. Jürgener Grundstücke die Pflicht zur Unterhaltung des Bollwerks als eine auf diesen Grundstücken ruhende Reallast obliege und deshalb sei der Vergleich von den Hospitalsgevollmächtigten, als den besonderen Vertretern der betheiligten Untergehörigen, mit unterschrieben worden. Mit Rücksicht darauf könne es nicht zweifelhaft sein, daß die Provisoren und Vorsteher, welche der Zeit die richterliche und Administrativbehörde gebildet und in allen öffentlichen Angelegenheiten die Untergehörigen vertreten hätten, auch in ihrer Eigenschaft als Administrativbehörde den Vergleich abgeschlossen hätten,

Digitized by Google

wobei stillschweigend vorausgesetzt sei, daß nach wie vor die richterliche und Administrativgewalt bei den Vorstehern verbleiben werde und daß von ihnen die Besitzer der betreffenden Grundstücke zur Erfüllung der darauf ruhenden Verbindlichkeiten angehalten würden. Gegenwärtig aber sei in Folge des Allerhöchsten Rescripts vom 8. März 1856 die Administrativgewalt rücksichtlich der Hospitalsuntergehörigen in St. Jürgen auf die städtischen Collegien in Flensburg übergegangen und diese seien als richterliche und Administrativbehörde an die Stelle der Provisoren und Vorsteher des Hospitals getreten. Letztere könnten daher nicht mehr aus dem von ihren Vorwesern als Administrativbehörde abgeschlossenen Vergleich in Anspruch genommen werden, vielmehr sei es die Sache der an ihre Stelle getretenen städtischen Collegien, die beikommenden Hospitalsuntergehörigen zur Instandsetzung des Bollwerks anzuhalten. Zur Begründung der eventuellen Einrede ist angeführt, es könne mit Rücksicht darauf, daß der Vergleich nicht von den Provisoren, sondern von ihnen und den Hospitalsgevollmächtigten abgeschlossen sei, nicht einseitig gegen jene, sondern nur gegen die Provisoren und Hospitalsgevollmächtigten geklagt werden.

Nachdem mündlich re- und duplicirt worden, hat die Commission unterm 5. Februar d. J. für Recht erkannt*):

daß die Beklagten in qual. qua schuldig sind, die Refection des zwischen Plankemay und der Pilkentafel-Wiese vor Norder St. Jürgen befindlichen Hafen-Bollmerks nach Maaßgabe des Vergleichs vom 29. August 1805, vorbehältlich einer näheren Bestimmung der Kläger über die der Refection etwa nicht zu unterziehende, der Steinmole bei Plankemay gegenüber liegende Strecke des gedachten Bollwerks, innerhalb Ordnungsfrist bewerkstelligen zu lassen, auch den Klägern innerhalb derselben Frist die Proceßkosten, d. e. m. s., zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß haben die Beklagten das Rechtsmittel der Appellation eingelegt, die Appellationssolennien prästirt, die Deferirung der Appellation er-

*) Entscheidungsgründe (soweit sie nicht aus den Acten referiren):

In Erwägung nun, daß, wenn auch die Ausführung der Beklagten, daß der Bestimmung des ofterwähnten Vergleichs die Voraussetzung einer den Besitzern der am Hafen belegenen Grundstücke in Norder St. Jürgen in Folge einer Reallast obliegenden Verpflichtung zur Schlagung und Unterhaltung des in Rede stehenden Bollwerks zum Grunde liege, als richtig anzuerkennen, die daraus gezogene Schlußfolgerung, daß die derzeitigen Provisoren und Vorsteher des Hospitals lediglich als Administrativbehörde den Vergleich abgeschlossen und dadurch dieselben nur die Verbindlichkeit übernommen haben sollten, die betreffenden Untergehörigen als die denselben vorgesetzte Behörde zur Erfüllung ihrer desfallsigen Verpflichtung anzuhalten, als verfehlt bezeichnet werden muß, indem die Erfüllung einer aus einer Reallast entspringenden Pflicht auf administrativem Wege ebensowenig zur Geltung gebracht, als die Reallast auf diesem Wege constituirt werden kann, die erwähnte Voraussetzung vielmehr mit entschiedener Bestimmtheit dafür spricht, daß das Hospital, welches nur als pium corpus und Obereigenthümer der fraglichen in Norder St. Jürgen belegenen Grundstücke die angezogene Reallast, deren Existenz übrigens hier nicht zur Frage steht, habe constituiren können, eben als juristische Person dem städtischen Collegium gegenüber verpflichtet worden, das in Rede stehende Bollwerk auf Kosten der Hospitalsuntergehörigen durch selbige und so, daß dem Hafen daraus kein Nachtheil erwachse, schlagen und stets unterhalten zu lassen;

in Erwägung, daß die Eigenschaft der derzeitigen Provisoren und Vorsteher als Administrativbehörde bei Abschließung des Vergleichs mithin ohne alle Bedeutung war, vielmehr nur ihre annoch fortdauernde Qualität als Vertreter des Hospitals und Klosters, als moralischer Person und Obereigenthümers der erwähnten Grundstücke, in Betracht kam und das vorausgesetzte auf privatrechtlichem Grund ruhende, durch die Mitunterschrift der Hospitalsgevollmächtigten vermeintlich anerkannte Verhältniß zwischen dem Hospital und dessen Untergehörigen, gegen welche die Kläger durch den Vergleich kein Recht erworben, der städtischen Behörde gänzlich unbeikommend ist;

in Erwägung, daß die erste Einrede der Beklagten dem Obigen zufolge verworfen werden muß, und selbige mit der eventualiter vorgeschützten Einrede ebensowenig gehört werden können, da die Hospitalsgevollmächtigten an der Vertretung des Hospitals und Klosters nicht Theil nehmen.

Digitized by Google

wirkt und bei rechtzeitiger Einführung derselben ihre Beschwerden dahin angegeben:

1) hauptsächlich, daß wie geschehen erkannt und Beklagte nicht vielmehr mit der Einrede der fehlenden Passivlegitimation zur Sache und des fehlenden Klagerechts gehört und ihrem desfallsigen Antrage gemäß erkannt worden, event.
2) daß sie nicht mit der Einrede der mehreren Streitgenossen gehört und ihrem desfallsigen Antrage gemäß erkannt worden, in omnem eventum
3) daß nicht wenigstens die Kosten compensirt worden.

Es steht also zur Frage, ob die Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß es sich in dem Vergleich vom 29. Augnst 1805 um die Uebernahme der Unterhaltungspflicht in Betreff des nach gegenseitigem Uebereinkommen zwischen dem Flensburger Hafen und dem Hospitalsgrunde fortan die Grenze bildenden Bollwerks handelt, daß eine solche privatrechtliche Verpflichtung nur von den Vertretern der juristischen Person des Hospitals für dasselbe, nicht aber von der Hospitalsobrigkeit übernommen werden konnte, überdies auch, zumal die Provisoren ausdrücklich Namens des Hospitals den Vergleich abgeschlossen haben, keine Veranlassung zu der Annahme vorliegt, daß sie beim Abschluß des Vergleichs, der auch Seitens der Stadt nicht von der städtischen Obrigkeit, sondern von den Vertretern der städtischen Commüne abgeschlossen worden ist, als Administrativbehörde und nicht vielmehr als Vertreter des Hospitals in seiner Eigenschaft als juristische Person haben handeln wollen, und daß solchemnach die Königl. Resolution vom 8. März 1856, da sie lediglich auf die obrigkeitlichen Verhältnisse des Hospitals sich bezieht, für die Entscheidung dieser Sache nicht maaßgebend sein kann;

in Erwägung, daß das Hospital nach den Worten des Vergleichs die Verbindlichkeit übernommen hat, das Bollwerk auf Kosten der Hospitalsuntergehörigen durch dieselben schlagen und unterhalten zu lassen, daß die Uebernahme dieser Verbindlichkeit aber das Hospital verpflichtet, da das Versprechen, eine fremde Handlung zu bewirken, den Promittenten direct und zwar dahin verpflichtet, daß er für die Ausführung haftet;

in Erwägung, daß nach dem klaren Inhalt des Vergleichs die von den Provisoren für das Hospital übernommene Verpflichtung dem Mitcontrahenten gegenüber ihre verbindliche Kraft durch die Mitunterschrift der Hospitalsgevollmächtigten nicht verlieren kann;

in Erwägung, daß, welche Stellung auch die Hospitalsgevollmächtigten zu der juristischen Person des Hospitals oder zu den Hospitalsuntergehörigen einnehmen mögen, es unter den Parteien nicht bestritten ist, daß die Provisoren und Vorsteher das Hospital in allen seinen privatrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten haben, daß daher die gegen das Hospital als das aus dem Vergleich verpflichtete Subject angestellte Klage nur gegen die Provisoren und Vorsteher als die Vertreter des Hospitals angestellt werden konnte, und daß solchemnach die Einreden der fehlenden Passivlegitimation, des fehlenden Klagrechts und der mehreren Streitgenossen für begründet nicht zu erachten sind;

in Erwägung, daß kein Grund vorliegt, um von der Regel abzuweichen, daß die im Proceß unterliegende Partei auch die Kosten zu erstatten hat,

daß demnach die von den Beklagten und Appellanten erhobenen Beschwerden nicht gerechtfertigt sind,

wird nach auf eingelegte Unterinstanzacten und Recesse stattgehabter mündlicher Verhandlung hiedurch für Recht erkannt:

daß das von der Commission unterm 5. Febr. d. J. abgegebene Erkenntniß zu bestätigen ist, und daß die Beklagten in qual. qua schuldig sind, den Klägern die Kosten der Appellationsinstanz, d. e. m. s., binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

V. R. W.

Publicatum im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 11. Octbr. 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

49. Stück. — Den 5. December 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Die cautela Socini ist unwirksam, wenn testamentarische Bestimmungen angefochten werden, welche Prohibitivgesetzen widerstreiten. Die l. 6 C. de secundis nuptiis, welche auch auf wechselseitige Testamente von Ehegatten Anwendung findet, ist dahin zu verstehen, daß der parens binubus dem neuen Ehegatten nicht mehr zuwenden darf, als das am Wenigsten bedachte Kind der frühern Ehe erhalten hat.

In Sachen der Anna Gesche Lange, geb. Glashoff, c. c. m. in Wandsbeck, Klägerin und Appellantin,

wider

die Wittwe Catharina Glashoff, geb. Behrens, c. cur. zu Marienthal, Beklagte und Appellatin,

hauptsächlich wegen Regulirung und Mitverwaltung ihrer väterlichen Erbschaft,

ergeben die Acten:

Am 16. Mai 1859 hat der am 31. October 1861 verstorbene Ehemann der Beklagten, während er in Herzhorn sein Domicil hatte, mit seiner Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Im § 1 dieses Testaments haben sich die Testatoren gegenseitig den lebenslänglichen ruhigen und ungestörten Besitz und Genuß ihres beiderseitigen Gesammtvermögens dergestalt und also vermacht, daß der Längstlebende Alles, was der Erstverstorbene hinterläßt, es bestehe in beweglichen oder unbeweglichen Gütern, Geld oder Geldeswerth, nichts davon ausgeschlossen, bis an sein Lebensende genießen und gebrauchen und berechtigt sein solle, darüber unter Lebenden völlig frei zu disponiren; zugleich soll der Längstlebende darnach von jeder Caution, Inventur oder eidlicher Specification und Rechnungsablage befreit sein. Sodann haben die Testatoren auf Grund der unter ihnen bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft zu Erben auf die Hälfte ihres gesammten Vermögens beiderseitige Erben und zwar der Ehemann im § 3 auf die Hälfte des Gesammtvermögens

1) seine Tochter aus seiner ersten Ehe, die jetzige Klägerin,
2) die von seinem Sohne Hinrich Glashoff nachgelassenen drei Kinder nach Stammzahl,

zu Erben eingesetzt und dabei den gedachten Enkeln bei der nach dem Tode des Längstlebenden vorzunehmenden Auftheilung ein praecipuum von je 100 ℛ R.-M. vermacht. Im § 7 ist schließlich verfügt: Sollten unsere Erben oder einer oder mehrere derselben die Rechtsgültigkeit dieses unseres letzten Willens, sei es im Allgemeinen oder rücksichtlich einer einzelnen Vorschrift, nicht anerkennen oder anfechten, oder den Längstlebenden von uns mit Ansprüchen auf Theilung oder anderer Art belästigen oder ihm den Besitz und Genuß seines Gesammtvermögens in irgend einer Weise verkümmern, so setzen wir diesen oder diese Erben hiemit bis auf den Pflichttheil zu unseren Erben ein.

Nachdem der Testator mit Hinterlassung seiner Wittwe zweiter Ehe, sowie einer Tochter aus seiner ersten Ehe und dreier Enkel seines vorverstorbenen Sohnes Hinrich Glashoff, mit Tode abgegangen war,

Digitized by Google

trat die gedachte im Testamente instituirte Tochter gegen ihre Stiefmutter beim Marienthaler Justitiariat klagend auf und trug unter Bezugnahme auf den Inhalt des väterlichen Testaments vor: Sie erkenne zwar dieses Testament soweit an, als es sich durch die veränderten Rechtsverhältnisse der Testatoren nicht selbst modificire und einzelne Bestimmungen als contra legem nicht pro non scriptis angesehen werden müßten, und sie wünsche auch ihre Stiefmutter in dem lebenslänglichen Genuß der Revenüen der ganzen Erbschaft zu belassen. Bei der Testamentserrichtung sei indeß von der damals zwischen den Eheleuten Glashoff bestandenen Gütergemeinschaft ausgegangen worden, und diese sei mit der Verlegung des Wohnsitzes des Erblassers nach Wandsbeck erloschen. Es komme daher das sächsische Güterrecht zwischen Eheleuten jetzt rücksichtlich der Beerbung des Vaters der Klägerin in Anwendung. Die von ihm instituirten Erben wären demnach auch die Erben seines ganzen Vermögens zur Zeit seines Todes, die Beklagte aber nur berechtigt, ihr Eingebrachtes herauszunehmen. Diese directen und zugleich Notherben wären daher jetzt schon die wahren Rechtsnachfolger in dem Nachlaß ihres Erblassers und in ihrer Disposition nur dadurch beschränkt, daß ihnen das Legat auferlegt worden sei, der Beklagten den Besitz und Genuß während ihres Lebens zu belassen. Hieraus ergebe sich, daß die Hinzufügung im § 1 des Testaments, daß der Längstlebende der Testatoren berechtigt sein solle, über den Gesammtnachlaß völlig frei unter Lebenden zu verfügen, als nicht geschrieben hinwegfallen müsse, da die Erben unbedingt auf je die Hälfte des vorhandenen Gesammtnachlasses eingesetzt wären, dessen Theilung nur hinausgeschoben sei, nicht aber auf die Hälfte desjenigen Gesammtvermögens, welches nach dem Tode des Längstlebenden vorhanden sein werde. Diese Erbeseinsetzung sei aber nur ausführbar, wenn die unbedingte Dispositionsfreiheit über die Substanz des erbfälligen Vermögens wegfällig werde, wie denn auch diese Dispositionsfreiheit mit den im väterlichen Testament § 6 für den Fall der Wiederverheirathung der Beklagten getroffenen Bestimmungen nicht in Einklang zu bringen sei. Außerdem aber gehe die Nothwendigkeit des Wegfalls dieser Bestimmung noch daraus hervor, daß durch dieselbe sogar der Pflichttheil der Notherben verletzt werde, indem derselbe, wenn schon dessen zeitweilige Auskehrung vorenthalten werde, seiner Größe und Sicherheit nach keineswegs der Willkür einer dritten Person überlassen werden dürfe. Die Nothwendigkeit des Wegfalls dieser Bestimmung habe sich auch jetzt schon practisch gezeigt, indem Beklagte nach dem Tode des Erblassers eine alte Scheune auf dem Marschhofe abgebrochen und verkauft habe. Endlich werde die Nothwendigkeit des Wegfalls dieser Bestimmung dadurch offenbar, daß die Längstlebende, die das Legat zu genießen habe, die zweite Ehefrau des Erblassers sei, zu deren Gunsten das Recht so weit gehende Dispositionen ausdrücklich verbiete, indem die l. 6 Cod. de secundis nuptiis untersage, bei dem Vorhandensein von Kindern oder Enkeln aus erster Ehe dem zweiten Ehegatten von Todeswegen mehr zuzuwenden, als der Descendent erhalte, welchem die kleinste Portion zufalle. Die reine Erbmasse des Erblassers sei auf 75,500 ℔ anzuschlagen. Hiervon betrage der sechste Theil plus 100 ℔ R.-M. 12,770 ℔. Dagegen repräsentire die legirte ususfructus von dieser reinen Erbmasse mit Zugrundelegung der Berechnung nach Vorschrift der l. 68 D. ad leg. Falc. 27,180 ℔, welche Summe schon das Doppelte des gesetzlichen Maaßes überschreite. Lege man aber die Süßmilch'sche Berechnung der Lebensdauer zum Grunde, dann würde der jährliche Betrag des Legats nicht 9fach, sondern 17fach zu setzen sein und die Summe von 51,340 ℔ betragen. Es sei mithin evident, daß in Gemäßheit der angeführten gesetzlichen Bestimmung alle Dispositionen, durch welche der Legatarin Dispositionsfreiheit auch über die Substanz eingeräumt sei, mindestens pro non scriptis zu erachten wären und wegfallen müßten. Aus diesen Gründen werde der sofortige Eintritt der Erben als Eigenthümer der Substanz desselben erforderlich sein und würden sie sich, wie einerseits zur Conservirung dieser Substanz, andererseits zur Ausführung des Legats, an der Verwaltung bis zur endlichen Theilung zu betheiligen haben. Mit Rücksicht auf diese Ausführungen ward der Antrag dahin gerichtet:

> die Beklagte schuldig zu erkennen, die Klägerin als Erbin der Substanz des Nachlasses des wail. Marx Glashoff auf die Hälfte seiner gesammten Güter nach dem in Wandsbeck geltenden ehelichen Güterrecht anzuerkennen und sie zur Mitverwaltung dieser Verlassenschaft zuzulassen.

Digitized by Google

Excipiendo wurde der Klage zunächst die exceptio non fundatae intentionis opponirt, weil es

1) der Klägerin, welche das qu. Testament und das der Beklagten darin ausgesetzte Legat ausdrücklich anerkenne, abgesehen von der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten in ihrer Eigenschaft als bloßen Legatarin, an einem Klagrecht gegen Letztere fehle, vermöge dessen Klägerin von ihr die beanspruchte ausdrückliche Anerkennung erzwingen könnte, zumal die Klage mit keinem Worte behaupte, daß und in welcher Weise Beklagte bisher das angebliche testamentarische Erbrecht der Klägerin abgesprochen und gekränkt habe, und

2) weil sie jetzt eben das Recht, dessen Anerkennung sie von der Beklagten verlange, durch ihre gegenwärtige Klaganstellung jedenfalls verwirkt habe, indem sie zufolge der dem Testamente beigefügten Clausel nunmehr auf nichts weiter, als auf ihren Pflichttheil Anspruch habe.

Wenn aber die Klägerin außerdem Zulassung zur Mitverwaltung des von dem Manne der Beklagten hinterlassenen Vermögens beanspruche, so stehe auch diesem Anspruch die qu. Clausel entgegen, außerdem aber sei für einen solchen Antrag ein Rechtsgrund überall nicht erfindlich und endlich sei von dem Testator der Beklagten die unbeschränkte Dispositionsfreiheit ad dies vitae über seinen Nachlaß eingeräumt, eine Verfügung, wozu die Berechtigung durch die dem Testamente inhärirte Socinische Cautel außer Zweifel gestellt werde.

Es habe denn auch die Klägerin zur Begründung eines solchen Anspruchs keinen einzigen triftigen Grund angeführt. Denn wenn gesagt werde, daß die Erbeseinsetzung unausführbar sei, wenn nicht die Dispositionsfreiheit über die Substanz des erbfälligen Vermögens wegfällig werde, so sei dies im vorliegenden Falle weder begründet, noch überhaupt zutreffend, da der zeitweilige Nießbrauch, in welchem Umfange er auch immer an dem Nachlasse ertheilt sein möge, doch die Erbeseinsetzung als solche an sich nicht weiter afficiren könne. Und wenn behauptet werde, daß die der Beklagten zugestandene Dispositionsfreiheit mit dem § 6 des Testaments nicht zu vereinigen sei, so sei auch dies unrichtig, da beide Bestimmungen sehr wohl mit einander vereinbar wären, überdies aber durch die Socinische Cautel den Erben ihr äußerstes Recht genugsam verwahrt werde, da es ja ihrem freien Willen überlassen bleibe, ihren Pflichttheil sofort und unbeschwert zu erhalten, wenn sie das plus cum onere späterhin nicht haben wollten. Endlich komme die l. 6 Cod. de secund. nuptiis nur dann zur Anwendung, wenn, was hier nicht der Fall sei, Kinder erster Ehe sich über die Größe des dem zweiten Ehegatten Zugewandten beschwerten. Dazu komme, daß hier ein wechselseitiges Testament vorliege, auf welches die ratio legis nicht passe, und es sich bei richtiger Berechnung ergebe, daß der Werth des vermachten Nießbrauchs den Werthbetrag keineswegs übersteige, welcher nach Maaßgabe der l. cit., wenn selbige hier anwendbar wäre, der Beklagten nur hätte ausgesetzt werden dürfen. Denn abgesehen davon, daß die reine Erbmasse nicht 75,000 ℔ betrage und der vermachte Nießbrauch nicht zu 27,180 ℔ angeschlagen werden könne, habe Klägerin ihre Grundlage auf eine ganz falsche Rechnung basirt, insofern sie jenes Maximum nach dem Erbtheil jedes der drei Enkel des Testators, also auf den sechsten Theil des reinen Nachlasses berechnet habe, während die l. 6 cit. den Erbtheil des mindestbedachten Kindes, nicht des mindestbedachten Enkels, als Norm aufstelle, der hier in Betracht kommende Erbtheil mithin der Erbtheil der Klägerin, nämlich die Hälfte des Nachlasses abzüglich 300 ℳ R.-M. sein und sich nach der eigenen Berechnung der Klägerin auf 37,187 ℔ 8 ß belaufen würde.

In omnem eventum wurde dann noch von der Beklagten auf die von ihr sua sponte beschaffte gerichtliche Inventarisation des gesammten Nachlasses ihres Ehemannes als auf eine genügende Sicherungsmaaßregel für die Erben hingewiesen und um Abweisung der Klage ref. exp. gebeten.

Nachdem re- und duplicirt worden, hat das Marienthaler Justitiariat unterm $\frac{\text{29. December 1863}}{\text{2. Januar 1864}}$ erkannt:*)

*) Die Entscheidungsgründe lauten:

In Erwägung, daß lediglich über die von der Klägerin gestellten Anträge erkannt werden darf, und daß daher zur rechtlichen Entscheidung steht, ob und wie weit diese den Rechten nach für begründet zu erachten sind, und

in Erwägung hierbei, daß die Anerkennung eines Rechtes regelmäßig nur gegen denjenigen verfolgt werden kann, welcher nach Inhalt desselben etwas

Digitized by Google

daß Klägerin mit ihrer unbegründeten Klage abzuweisen, auch schuldig sei, der Beklagten die angeursachten Kosten, s. d. et m., binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß hat die Klägerin appellirt und ihre Beschwerden darin gesetzt:

daß wie geschehen erkannt und nicht vielmehr

---

zu thun oder zu unterlassen verpflichtet ist, und daß Beklagte daher — welche auf Grund eines mit ihrem wail. Ehemann errichteten wechselseitigen und von der Klägerin auch anerkannten Testaments die Nachlaßmasse ihres wail. Ehemannes detinirt und sich im legitimirten Besitz und Genuß derselben befindet — um so weniger genöthigt werden kann, sich über die Beschaffenheit und den Umfang der in Gemäßheit des gedachten Testaments der Klägerin zufließenden Rechte zu erklären, als die Klägerin ihr nicht den Nießbrauch streitig machen will, und andererseits die Beklagte weder die testamentarische Erbeinsetzung der Klägerin noch die Qualität derselben als Erbin ihres verstorbenen Vaters bestritten hat, und

in weiterer Erwägung, daß hieran auch nichts durch den Umstand geändert wird, daß eine seit der Testamentserrichtung der Eheleute Glashoff eingetretene Veränderung in den zwischen ihnen bestandenen güterrechtlichen Verhältnissen den im § 3 des Testaments getroffenen Dispositionen ratione objecti eine andere Bedeutung geben möchte, sowie eben so wenig der Umstand, daß es bei dem Eintritt des im § 6 bedachten Falls für die Auftheilung maaßgebend sein könnte, wie weit sich die Rechte der Testamentserbin erstrecken, indem ersterer Umstand in keiner Weise einen Einfluß auf die der Beklagten zuständige und von der Klägerin, wie erwähnt, anerkannte Nutznießung äußert, den Umfang derselben vielmehr überall nicht alterirt und die rechtliche Stellung der Beklagten den Erben gegenüber völlig intact läßt, der ususfructus der Beklagten daher auch bei einer etwaigen Erweiterung des Substracts der klägerischen Erbrechte in Folge der veränderten güterrechtlichen Verhältnisse in keine Collision mit diesen Rechten treten kann; in letzter Hinsicht aber die bloße Möglichkeit, daß ein Recht der Klägerin auf die Substanz der Nachlaßmasse des wail. Marr Glashoff auf die Hälfte seiner gesammten Güter nach dem hier geltenden ehelichen Güterrecht von practischer Bedeutung werden könne, keine Befugnisse der Klägerin zu begründen vermag, schon jetzt von der Beklagten die Anerkennung eines solchen Rechtes zu fordern, während dieses gegenwärtig durch die Ausübung des vermachten und anerkannten Nießbrauchs an dem ganzen Nachlaß des wail. Marr Glashoff von Letzterer nach keiner Seite hin in Frage gestellt und den vermeintlichen Rechten der Klägerin zur Zeit nirgends entgegen getreten ist, und

in weiterer Erwägung, daß aus der Berufung der Klägerin und der Kinder ihres verstorbenen Bruders zur Proprietät des Gesammtvermögens der Testatoren und aus ihrem etwanigen Eigenthum an dem Gesammtnachlaß des wail. Marr Glashoff keineswegs der Anspruch auf Theilnahme an der Administration resultiren kann, indem nur das freie Eigenthum das Verwaltungsrecht mit sich führt, im vorliegenden Fall dagegen dasselbe durch den Nießbrauch der Beklagten beschränkt ist, dem Nießbrauch des Legatars aber kein Administrationsrecht des Proprietars gegenüber steht, vielmehr die volle Nutznießung auch die Verwaltung bedingt, und

in weiterer Erwägung, daß der Antrag auf Theilnahme an der Administration auch nicht dadurch gerechtfertigt erscheinen kann, daß die der Beklagten in dem Testamente gewährten Befugnisse über die Gränzen der usufructuarischen Rechte hinausgehen und eine Gefährdung der Klägerin mit sich führen können, indem unter solchen Umständen die Klägerin rechtlich immer nur dazu veranlaßt werden könnte, gegen Ausschreitungen der Beklagten aufzutreten oder den Wegfall des ihr in dem Testamente eingeräumten Dispositionsrechts und die Bestellung einer usufructuarischen Caution zu verfolgen, und

in weiterer Erwägung, daß die Ausführungen der Klägerin, daß die Bestimmung in Betreff der unbedingten Dispositionsfreiheit der Beklagten pro non scripto zu erachten, ferner, daß die Bedenkung der Letzteren eine Verletzung des Pflichttheils mit sich führe, und endlich, daß gegen die l. 6 C. de sec. nupt. gefehlt worden, für die gestellten Anträge unverkennbar der Relevanz entbehren, da weder das Testament selber noch das usufructuarische Recht der Beklagten bestritten und aus jenen Momenten — bei Anerkennung des Testaments aber am wenigsten — eine Verbindlichkeit der Letzteren herzuleiten ist, die Klägerin als Erbin der Substanz der Nachlaßmasse des wail. Marr Glashoff auf die Hälfte seiner ge-

Digitized by Google

1) die Beklagte und Appellatin nach der gestellten Bitte schuldig erkannt worden,
   a. die Klägerin und Appellantin als Erbin der Substanz des Nachlasses von Marx Glashoff auf die Hälfte seiner gesammten Güter nach dem in Wandsbeck geltenden ehelichen Güterrecht anzuerkennen, und
   b. sie zur Mitverwaltung der Verlassenschaft zuzulassen,
2) in eventum:
   a. daß die Klage pure als unbegründet und nicht vielmehr maaßen sie angebracht abgewiesen, und
   b. nicht wenigstens die Kosten compensirt worden.

Es steht daher zur Frage, ob diese Beschwerden für begründet zu erachten.

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Criminalfälle.

Vergehen wider die Strandordnung. — Begriff des Strandguts. — Unbefugtes Bergen und Wegschaffen von Strandgütern kein Diebstahl.

In Untersuchungssachen wider Antony Matthiesen (rectius Antoni Matthies), Marx Böttger (rectius Marx Marten Böttcher), beide aus Tating, Johann Asmus Thordsen aus Schwabstedt und Friedrich Struck aus Eichhoff bei Hagenow in Mecklenburg-Schwerin,

wegen Strandvergehen s. w. d. a.,

wird, nachdem das Obersachwalteramt wider das von dem Everschop-Utholmischen Criminalgerichte am 3. März 1864 abgegebene Erkenntniß, durch welches die beiden erstern Inculpaten wegen Entwendung geringfügiger Strandgüter jeder zu einer 2mal 5tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod verurtheilt, die beiden letztern Inculpaten aber zwar von der Strafe eines Vergehens gegen die Strandordnung vom 30. Decbr. 1803 frei erachtet, dagegen aber Johann Asmus Thordsen wegen widerrechtlicher Zueignung einer gefundenen herrenlosen Sache von geringem Werth zu einer 5tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod und der Aufseher Friedrich Struck wegen Begünstigung dieses Vergehens zu einer Brüche von 10 ß schuldig erkannt sind, anhero supplicirt und seine Beschwerden darin gesetzt hat:

daß wie geschehen und nicht vielmehr dahin erkannt worden ist:

1) daß Matthiesen und Böttcher wegen Unterschlagung von herrenlosen an den Strand getriebenen Sachen, sowie wegen ersten geringfügigen durch Unterschlagung von ihnen aus dem Meere aufgefischter Standgüter verübten Diebstahls mit einer 3 mal 5 tägigen, und
2) daß die Inculpaten Struck und Thordsen wegen Unterschlagung von herrenlosen an den Strand getriebenen Sachen resp. mit 2 mal 4- und 5 tägiger Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu belegen,

in Erwägung, daß die vier Inculpaten Matthies, Böttcher, Struck und Thordsen ihren mit den sonst ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständnissen zufolge eines Vormittags im November v. J. am Vorufer zwischen Tating und Westerhever beim Ablaufen des Wassers einen Gegenstand auf dem Sande liegend bemerkt und nachdem sie sich dahin begeben und entdeckt haben, daß dies eine Kiste sei, dieselbe geöffnet und die darin enthaltenen Porcellan- und anderen Sachen nach dem Comtoir des Mitinculpaten Struck am Tatinger Vorufer geschafft haben, sowie daß daselbst die Inculpaten Matthies und Struck die beiden andern Inculpaten für ihre Antheile jeden mit 4 ß R.-M., jetzt 7 ℛ 8 ß Cour., abgefunden und sodann andern Tags sämmtliche Sachen unter sich getheilt und in ihre resp. Wohnungen geschafft, demnächst aber größtentheils vergraben haben; daß aber fast sämmtliche Sachen

---

sammten Güter anzuerkennen und sie zur Mitverwaltung dieser Verlassenschaft zuzulassen, und

in schließlicher Erwägung, daß hiernach die angestellte Klage rechtlich begründet nicht erachtet werden kann, und es demzufolge eines weiteren Eingehens excipiendo weiter vorgebrachter Momente nicht bedarf ꝛc.

Digitized by Google

wieder zur Stelle geschafft und zu 10 ℛ 80 ß R.-M., jetzt 20 ₰ 5 ß Cour., taxirt sind;

in Erwägung, daß der Begriff des Strandguts nach der Strandordnung vom 80. Decbr. 1803 nicht dadurch bedingt ist, daß zu der Zeit, wo Sachen an den Strand getrieben und am Strande gefunden sind, in der Nähe des Strandes ein Schiff auf den Strand gerathen oder sonst Sachen an den Strand getrieben sind, woraus auf eine stattgehabte Strandung zu schließen wäre, sondern als Strandgut nach § 1 der Strandordnung vielmehr alle an den Strand getriebene Güter und Sachen anzusehen sind, indem der daselbst gemachte Unterschied zwischen Strandgut und herrenlosem Gute den Begriff des Strandguts als solchen überall nicht afficirt, sondern nur für die Frage, ob die gestrandeten Sachen demnächst den Eigenthümern oder dem Fiscus zufallen, von rechtlicher Bedeutung ist, jedoch auf die in den folgenden Paragraphen der Strandordnung enthaltenen Bestimmungen über die Behandlung des Strandguts, die Verpflichtung und Berechtigung der Unterthanen bei Strandfällen und den Begriff der Strandvergehen ohne jedlichen Einfluß ist;

in Erwägung, daß daher das Fortschaffen der in der am Tatinger Strande angetriebenen Kiste gefundenen Sachen von Seiten der Inculpaten in Gemäßheit der §§ 6 und 41 der Strandordnung als ein dieser Verordnung zuwider laufendes bei Vermeidung der Strafe des einfachen Diebstahls untersagtes Bergen und Wegschaffen von Strandgütern rechtlich zu betrachten ist;

in Erwägung, daß sämmtliche vier Inculpaten nach Obigem das gedachte Vergehen gemeinschaftlich verübt haben und dessen gleich schuldig sind, es daher nicht gerechtfertigt erscheint, daß der Mitinculpat Struck von dem Untercriminalgericht nur wegen Begünstigung dieses Vergehens bestraft worden;

in fernerer Erwägung, daß der Strandvogt, als kurz vor Weihnachten v. J. eine solche Menge Bretter am Tatinger Strande antrieben, daß er mit seinen Leuten allein sie nicht bergen konnte, die Einwohner in der Nähe des Strandes unter der Bedingung, daß sie die geborgenen Bretter abliefern sollten, zum Bergen aufgefordert hat, und daß namentlich auch die Inculpaten Matthies und Böttcher dabei Hülfe leisteten, jedoch ihrem mit den sonst ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständnisse zufolge eine resp. zu 7 ℛ 8 ß R.-M., jetzt 13 ₰ 4½ ß, und 3 ℛ 80 ß R.-M., jetzt 7 ₰ 3 ß, taxirte Anzahl geborgener Bretter und Bohlen zurückbehalten und sich angeeignet haben, daher ihnen eine Unterschlagung derselben zur Last fällt;

in Erwägung, daß die Beschwerde des Obersachwalteramts rücksichtlich des Inculpaten Johann Asmus Thordsen sich überall nicht auf die Höhe der erkannten Strafe, sondern nur darauf bezieht, daß das von ihm und den drei andern Inculpaten begangene Vergehen nicht, wie vom Untercriminalgericht geschehen, als widerrechtliche Zueignung einer gefundenen herrenlosen Sache, sondern als Unterschlagung von herrenlosen an den Strand getriebenen Sachen hätte bezeichnet werden müssen, daß aber eine Supplication des Obersachwalteramts blos wegen einer vermeintlich unrichtigen oder mangelhaften Bezeichnung der Vergehen im Erkenntniß nur für den Fall für zulässig erachtet werden kann, daß ein practisches Interesse in dieser Beziehung vorhanden ist, wie z. B. wenn in dem untercriminalgerichtlichen Erkenntnisse das Verbrechen statt als zweiter Diebstahl nur als erster bezeichnet ist, was für den Fall einer spätern Untersuchung von Bedeutung sein kann; daß hier jedoch ein solcher Fall nicht vorliegt, die Frage, ob das Vergehen des Inculpaten Thordsen in der einen oder andern Weise im Erkenntnisse bezeichnet wird, vielmehr nur ein theoretisches Interesse hat, ein solches Interesse aber zur Rechtfertigung einer Supplication nicht genügt, daß daher die Supplication des Obersachwalteramts wider das angefochtene Erkenntniß rücksichtlich des Inculpaten Johann Asmus Thordsen als unzulässig abzuweisen ist;

in fernerer Erwägung, daß die wider die Inculpaten Antoni Matthies und Marx Martin Böttcher von dem Untercriminalgerichte erkannte Strafe unter den oben vorgetragenen Umständen nicht zu niedrig, sondern als den von ihnen verübten Vergehen angemessen erscheint, sowie daß die unrichtige und mangelhafte Bezeichnung der den Inculpaten zur Last fallenden Vergehen in dem untercriminalgerichtlichen Erkenntnisse für sich allein, wie oben ausgeführt ist, keinen Grund abgiebt, das Erkenntniß abzuändern, wenn nicht ausnahmsweise ein practisches Interesse vorliegt, wel-

Digitized by Google

ches eine Abänderung des Erkenntnisses blos wegen der Bezeichnung rechtfertigt, daß dieses hier aber nicht der Fall ist, da abgesehen davon, daß die vom Obersachwalteramt vorgeschlagene Bezeichnung des fraglichen Vergehens als eines durch Unterschlagung verübten Diebstahls als verfehlt erscheint, der Umstand, daß nach der Strandordnung das unbefugte Bergen und Wegschaffen von Strandgütern mit der Strafe des einfachen Diebstahls bedroht ist, es nicht rechtfertigt, dieses Vergehen als Diebstahl zu bezeichnen, wie denn auch eine Bestrafung wegen unbefugten Bergens und Wegschaffens von Strandgütern nie die Folge haben kann, daß ein später verübter wirklicher Diebstahl deshalb als zweiter Diebstahl zu bestrafen ist, indem die Strafe des zweiten Diebstahls nur dann erkannt werden kann, wenn wirklich ein Rückfall vorliegt, d. h. wenn der Inculpat früher wegen eines wirkliches Diebstahls bestraft ist;

in endlicher Erwägung, daß in Beziehung auf den Inculpaten Friedrich Struck kein Grund vorliegt, denselben nur mit einer Brüche zu bestrafen, vielmehr eine fünftägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod, wie sie gegen den Inculpaten Thordsen, der sich desselben Vergehens schuldig gemacht hat, erkannt ist, als eine seinem Verschulden entsprechende Strafe anzusehen ist,

hiemittelst für Recht erkannt:

daß die Supplication des Obersachwalteramts wider das Erkenntniß des Everschop-Utholmischen Criminalgerichts vom 3. Mai d. J., so weit dieselbe den Inculpaten Johann Asmus Thordsen aus Schwabstedt betrifft, als unstatthaft abzuweisen, sowie daß das angefochtene obgedachte Straferkenntniß, soweit es die Inculpaten Antoni Matthies und Marr Marten Böttcher, beide aus Tating, betrifft, zu bestätigen, dagegen, soweit es den Inculpaten Struck aus Eichhoff bei Hagenow in Mecklenburg-Schwerin betrifft, dahin abzuändern ist, daß derselbe wegen in Gemeinschaft mit den obgenannten drei Inculpaten verübten unbefugten Bergens und Wegschaffens von Strandgütern mit einer fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu belegen, auch schuldig sei, die Kosten der geführten Untersuchung und der Strafvollziehung, soweit sie ihn betreffen und soweit er des Vermögens, zu erstatten.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 5. Juli 1864.

Der Hausdiebstahl ist kein qualificirtes Verbrechen, involvirt aber, sofern bei demselben eine Verletzung der dem Gesinde als solchem obliegenden Treue besonders hervortritt, ein erschwerendes Moment.

In Untersuchungssachen wider das Dienstmädchen Bertha Gries aus Schleswig,

wegen ersten kleinen Diebstahls,

wird, nachdem von Seiten des Obersachwalteramts wider das vom Polizeigericht der Stadt Flensburg unterm 14. v. M. abgegebene Straferkenntniß, durch welches die Inculpatin in eine 3 mal 24stündige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod und zur Erstattung der Kosten, so weit sie des Vermögens, schuldig verurtheilt wurde, supplicirt worden ist,

in Erwägung,

1) daß zwar eine Praxis, derzufolge jede auf Gefängniß bei Wasser und Brod lautende Criminalstrafe auf die Dauer von mindestens fünf Tagen bestimmt werden mußte, als zu Recht bestehend nicht anzuerkennen ist;

2) daß aber, wenn gleich nach der gemeinrechtlichen und der vaterländischen Gesetzgebung der Hausdiebstahl kein besonderes und als solches unter allen Umständen mit schärferer Strafe, als der gemeine Diebstahl zu belegendes Verbrechen ist, dennoch in denjenigen Fällen des von Dienstboten an Sachen ihrer Dienstherrschaft begangenen Diebstahls, bei welchen eine Verletzung der dem Gesinde als solchem obliegenden Treue vorzugsweise hervortritt, dieser Umstand als erschwerendes Moment bei der Strafzumessung in Betracht kommen muß,

3) und daß im vorliegenden Fall die Inculpatin den fraglichen Diebstahl geständigermaaßen an Sachen, welche ihrer Obhut von der Dienstherrschaft besonders anvertraut worden waren, begangen hat, im Uebrigen derselben aber sehr günstige Zeugnisse sowohl von ihrer

Digitized by Google

jetzigen Dienstherrschaft als von früher her zur Seite stehen,

hiedurch in Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses für Recht erkannt:

daß die Inculpatin Bertha Gries aus Schleswig wegen ersten kleinen Diebstahls mit einer 2 mal 4 tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu belegen und schuldig sei, die Kosten der Untersuchung und der Strafvollziehung, so weit sie des Vermögens, zu erstatten.

V. R. W.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 9. August 1864.

Der Wegfall des ursprünglichen Entstehungsgrundes eines Rechtssatzes hat nicht nothwendig die Aufhebung des letzteren zur Folge. Anwendung dieser Regel auf die bisherige Praxis, welcher zufolge für die Frage, ob ein in hiesigen Landen begangenes Verbrechen als Rückfall zu bestrafen sei, auch die im Königreich Dänemark von dem Straffälligen früher erlittenen Criminalstrafen mit in Betracht kommen.

In Untersuchungssachen gegen Hulda Cordelia Henriette Schneider aus Friedrichsberg bei Kopenhagen,

wegen Diebstahls,

wird, nachdem das Obersachwalteramt wider das unterm 19. Septbr. d. J. von dem Flensburger Magistrat erlassene Erkenntniß, durch welches die Inculpatin wegen ersten großen Diebstahls zu einer 4 mal 5 tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod, sowie zur Erstattung der Untersuchungskosten verurtheilt ist, anhero supplicirt hat,

in Erwägung,

1) daß die Inculpatin, bevor sie den gegenwärtig zu bestrafenden, in den untergerichtlichen Entscheidungsgründen näher bezeichneten Diebstahl begangen hat, zufolge Erkenntnisses des Extragerichts der Ringsö, Sönderheld und Osterlisberg Harden vom 30. Juni 1862 wegen ersten Diebstahls bestraft worden ist, und daß nach der bisherigen, auch in dem Rescript an das Holsteinische Obercriminalgericht vom 21. August 1838 anerkannten Schleswigschen Praxis auf die Strafe des Rückfalls nicht blos dann zu erkennen ist, wenn das Erkenntniß, in Folge dessen der Inculpat früher wegen Diebstahls bestraft ist, von einem Criminalgericht der Herzogthümer, sondern auch dann, wenn dasselbe von einem Criminalgericht des Königreichs Dänemark ausgegangen ist;

2) daß, wenn gleich die oben gedachte Praxis ohne Zweifel darin ihren Grund gehabt hat, daß die Herzogthümer Schleswig-Holstein und das Königreich Dänemark denselben Landesherrn hatten und dieser Grund gegenwärtig hinweggefallen ist, doch ein Abgehen von dem, durch die bisherige langjährige Praxis festgestellten Rechtssatze nicht als gerechtfertigt erscheint, da ein Rechtssatz dadurch allein, daß der Grund, dem er ursprünglich seine Entstehung verdankt hat, wegfällt, nicht aufgehoben wird;

3) daß demnach die Inculpatin wegen zweiten Diebstahls zu bestrafen ist, und daß mit Rücksicht hierauf die von dem Flensburger Magistrat erkannte Strafe als zu niedrig sich darstellt, wogegen unter Berücksichtigung der im untergerichtlichen Erkenntniß angeführten Strafminderungsgründe eine 6 mal 5 tägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod als angemessen betrachtet worden ist,

hiedurch unter Abänderung des Erkenntnisses des Flensburger Magistrats vom 19. September d. J. für Recht erkannt:

daß die Inculpatin Hulda Cordelia Henriette Schneider wegen zweiten großen Diebstahls mit einer 6 mal 5 tägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod zu belegen, auch schuldig ist, die Kosten der wider sie geführten Untersuchung, so weit sie des Vermögens, zu erstatten.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 24. October 1864.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

50. Stück. — Den 12. December 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Die cautela Socini ist unwirksam, wenn testamentarische Bestimmungen angefochten werden, welche Prohibitivgesetzen widerstreiten. Die l. 6 C. de secundis nuptiis, welche auch auf wechselseitige Testamente von Ehegatten Anwendung findet, ist dahin zu verstehen, daß der parens binubus dem neuen Ehegatten nicht mehr zuwenden darf, als das am Wenigsten bedachte Kind der frühern Ehe erhalten hat.

(Beschluß.)

In Erwägung nun, daß der klägerische Antrag auf Verurtheilung der Beklagten, die Klägerin als Erbin der Substanz des Nachlasses des wail. Marx Glashoff auf die Hälfte seiner gesammten Güter anzuerkennen, als völlig unbegründet sich darstellt, indem einestheils eine Klage auf Anerkennung eines Erbrechts nur gegen Erben und solche, die sich den Erbansprüchen thatsächlich widersetzen, gerichtet werden kann, von der Beklagten aber die Erbansprüche der Klägerin weder im Allgemeinen, noch in dem jetzt von ihr prätendirten Umfange bestritten worden sind, anderntheils auch der gedachte Antrag sich nicht aus dem Gesichtspunkte aufrecht erhalten läßt, daß die Frage, von welchem Theile der Verlassenschaft die Proprietät der Klägerin erblich zugefallen sei, für ihre Forderung einer zu bestellenden Caution dafür, daß eben dieser der Substanz nach der Klägerin angefallene Erbtheil erhalten bleibe, präjudiciell sei, da, abgesehen davon, ob nach Inhalt des väterlichen Testaments der Klägerin ein Anspruch auf Cautionsbestellung überall zusteht, die Klage auch nicht eine solche, sondern die Zulassung zur Mitverwaltung zum Gegenstande hat, eine Caution aber nicht in der Mitverwaltung, sondern in der Sicherheit für die Rückgabe des der Klägerin angefallenen Erbschaftsantheils besteht, und es daher nur in Frage stehen kann, ob ein Rechtsgrund vorliegt, aus dem sich der Antrag der Klägerin auf Zulassung zur Mitverwaltung des fraglichen Nachlasses rechtfertigt;

in Erwägung, daß gegen diesen Antrag allerdings nicht eingewendet werden kann, daß Klägerin das väterliche Testament anerkannt habe, indem diese Anerkennung nur insoweit ausgesprochen worden, als es sich durch die veränderten Verhältnisse nicht selbst modificire und einzelne Bestimmungen als contra legem nicht pro non scriptis angesehen werden müßten, eben deshalb aber auch die in dem Testamente enthaltene Socinische Clausel dem von der Klägerin erhobenen Anspruch nicht entgegenstehen wird, da, sofern das Testament gegen Prohibitivgesetze verstoßende Bestimmungen enthalten sollte, welche zur Begründung des von der Klägerin erhobenen Anspruchs geeignet wären, sie unerachtet der gedachten Clausel berechtigt sein würde, diese Ansprüche mit Rücksicht darauf geltend zu machen, daß die Socinische Clausel dem Testator nur als ein gesetzliches Mittel dazu verliehen ist, den Pflichttheilsberechtigten zur Uebernahme einer Beschwerung oder Belästigung des Pflichttheils selbst dadurch zu nöthigen, daß er ihm außer demselben noch Vortheile unter der ausdrücklichen Bedingung zuwendet, daß er jene anerkenne, nicht aber den Zweck hat, das Testament

Digitized by Google

wider Anordnungen zu schützen, die gegen Prohibitivgesetze verstoßen;

in Erwägung, daß indeß Klägerin sich zur Begründung des von ihr erhobenen Anspruchs so wenig darauf berufen kann, daß das der Beklagten zugesicherte Vermächtniß des unbeschränkten Nießbrauchs des fraglichen Nachlasses mit der unbedingten Erbeseinsetzung in Widerspruch stehe, als daß in demselben eine Verletzung der Pflichttheilsberechtigung der Notherben liege, indem nach dem Inhalt des Testaments durch dasselbe keineswegs eine unbedingte Erbeseinsetzung, sondern eine Erbeseinsetzung mit der Auflage des unbeschränkten Nießbrauchs an die Beklagte angeordnet und, da zugleich der Klägerin die Wahl freigestellt worden ist, die Erbeseinsetzung cum onere anzuerkennen oder die Auskehrung des Pflichttheils zu verlangen, von einer Beeinträchtigung der Pflichttheilsberechtigung nicht die Rede sein kann;

in Erwägung, daß gleichfalls die durch die Domicilveränderung der Testatoren von der Klägerin geltend gemachte Erweiterung ihrer Erbrechte irgend welchen beschränkenden Einfluß auf den der Beklagten vermachten Nießbrauch zu äußern nicht vermag, da dieser Nießbrauch derselben nicht auf Grundlage der zur Zeit der Testamentserrichtung bestandenen Gütergemeinschaft zwischen den Testatoren vermacht worden ist, die Testatoren sich vielmehr im § 1 des Testaments gegenseitig den lebenslänglichen Nießbrauch von ihrem beiderseitigen gesammten Vermögen hinterlassen haben, und der Grund der Gütergemeinschaft ihnen nur bei den im § 3 getroffenen Bestimmungen über die Ernennung von Erben leitend gewesen ist;

in Erwägung, daß, was den ferneren von der Klägerin zur Fundirung ihres Anspruchs angeführten Grund betrifft, zwar nach der l. 6 Cod. de secund. nuptiis, deren Bestimmung auch in denjenigen Fällen, in welchen es sich um die Gerechtsame eines in einem wechselseitigen Testamente bedachten Ehegatten handelt, Anwendung findet,

cf. Sammlung der wichtigsten Abhandlungen aus den Schlesw.-Holst. Anzeigen von Falck, Bd. 4, p. 43,

alles was der Vater seiner Ehefrau im Testamente mehr zugewandt hat, als einem seiner Kinder erster Ehe, welches am wenigsten erhält, pro non scripto geachtet werden solle, und daher, falls in dem in Rede stehenden Testamente gegen diese Bestimmung verstoßen sein sollte, Klägerin die Herausgabe des betreffenden Erbtheils und mithin auch die Mitverwaltung an diesem zu beanspruchen berechtigt sein würde;

in Erwägung, daß aber, abgesehen davon, ob die Mitverwaltung von einem aliquoten Theile eines aus Immobilien bestehenden Nachlasses practisch überall ausführbar ist, eine Bevorzugung der Beklagten, wie solche durch die l. 6 cit. untersagt worden, nicht stattgefunden hat;

in Erwägung nämlich, daß die Portion des mindest bedachten Kindes im vorliegenden Falle, in welchem am väterlichen Nachlaß die Klägerin als Tochter des Testators mit drei Enkeln desselben concurrirt, nicht $^1/_6$, wie Klägerin vermeint, sondern ihre eigene Erbportion (die Hälfte des Nachlasses) beträgt, da, wie von den bewährtesten Rechtslehrern anerkannt worden, bei Bestimmung des Kindestheils die an die Stelle ihres vorverstorbenen parens succedirenden Enkel nur als eine Person in Betracht kommen,

cf. Flach, Entscheidungen des Herzogl. Nassauischen Oberappellationsgerichts. Erster Theil, p. 128,*)

und daher selbst unter Zugrundelegung des von der Klägerin angegebenen Reinertrages des fraglichen Nachlasses und der Berechnung des Nießbrauchs auf Grundlage der Bestimmungen der l. 68 ad leg. Falcidiam der Beklagten bei Weitem nicht die Hälfte des Ertrages der Gesammterbschaft vermacht sein würde, mithin auch der Versuch der Klägerin durch Berufung auf einen durch das väterliche Testament angeordneten Verstoß gegen die Vorschrift der l. 6 C. cit. den erhobenen Anspruch zu begründen, für völlig mißlungen erachtet werden muß;

in Erwägung, daß bei dem darnach vorliegenden gänzlichen Mangel der Klagbegründung zu einer nur angebrachtermaaßen zu erkennenden Abweisung der Klage sowenig Grund vorhanden gewesen, als zur Erkennung der Kostencompensation, indem, was letztere betrifft, das Verhältniß, in welchem die Klägerin zu ihrer Stiefmutter steht, als ein so nahes verwandtschaftliches Verhältniß nicht anzusehen ist, welches berechtigen könnte, die Proceßkosten zu compensiren.

wird nach eingelegten Unterinstanzacten und Recessen

*) Seuffert, Archiv, II, 63.

Digitized by Google

und nach stattgehabter mündlicher Verhandlung von Landgerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Marienthaler Justitiariats vom $\frac{\text{29. December 1863}}{\text{2. Januar 1864}}$ zu bestätigen, Klägerin und Appellantin auch schuldig sei, der Beklagten und Appellatin die Kosten dieser Instanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Herzogl. Holsteinischen Landgericht zu Glückstadt, den 10. Octbr. 1864.

Wenn die Frist zur Einwendung und Einführung eines Rechtsmittels versäumt ist, so bedarf es lediglich der Restitution wegen versäumter Interpositionsfrist, welche beim Untergericht nachzusuchen ist.

In Sachen des Obergerichts-Advocaten Stoppel, m. n. J. F. Schrader in Altona, Beklagten, modo Imploranten,

wider

D. Helweg & Sohn in Altona, Kläger, modo Imploraten,

betr. das vom Altonaer Magistrat am 30. Juni d. J. abgegebene Decret s. w. d. a.,

wird, unter Bezugnahme auf die beigefügten Entscheidungsgründe,

auf die sub pracs. den 7. Juli d. J. hieselbst eingereichte Imploration von Obergerichtswegen dem Imploranten hierdurch zum Bescheide ertheilt:

daß der Magistrat der Stadt Altona über das unterm 27. Juni d. J. daselbst eingereichte Gesuch des Imploranten um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine Entscheidung abzugeben habe und Implorant schuldig sei, die auf 6 ℔ 8 ß bestimmten Kosten der eingezogenen Gegenerklärung dem Imploraten innerhalb 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 2. Novbr. 1864.

Entscheidungsgründe.

Gegen ein vom Altonaer Magistrat unterm 25. April d. J. abgegebenes Beweiserkenntniß war vom Beklagten mit Einwilligung des Klägers das Rechtsmittel der Supplication eingelegt und demnächst prosequirt. Auf diese Supplication wurde mit Rücksicht darauf, daß bei dem Werth des Streitobjects die Appellation das ausschließlich statthafte Rechtsmittel gewesen wäre, vom Obergericht unterm 10. Juni d. J. zum Bescheide ertheilt, daß die Supplication anhero nicht erwachsen.

In einer beim Altonaer Magistrat eingereichten Vorstellung erbat sich darauf der Beklagte eine 14tägige Frist zur Einreichung eines Restitutionsgesuches, und richtete demnächst, nachdem diese Frist ihm bewilligt war, die Bitte an den Magistrat, daß ihm Restitution gegen den Ablauf der Appellationsfrist bewilligt werden möge.

Auf diese unterm 27. Juni d. J. eingereichte Vorstellung wurde unterm 30. s. M. vom Altonaer Magistrat zum Bescheide ertheilt, daß, da der Implorant um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die von ihm versäumte Einführung des Rechtsmittels der Appellation bei dem Obergericht bitte, nur dem letzteren die Entscheidung über dieses Gesuch zustehe.

Beklagter hat gegen dies Decret hieselbst remonstrirt und gebeten, zu erkennen, daß der Magistrat ihm die Restitution gegen den Ablauf der Interpositionsfrist der Appellation zu ertheilen habe, event. daß das Obergericht ihm sowohl hinsichtlich der Interpositions- als der Introductionsfrist der Appellation Restitution ertheile.

Nach eingezogener Erklärung des Gegentheils steht demnach zunächst zur Frage, von welchem Gericht über das Restitutionsgesuch des Beklagten eine Entscheidung abzugeben ist.

Nach § 2 der Verordnung vom 14. Juli 1863, betr. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ist zur Entscheidung über Gesuche um Restitution gegen Versäumnisse im Proceß dasjenige Gericht zuständig, bei welchem die versäumte Handlung vorzunehmen gewesen wäre. Darnach kann es einerseits nicht zweifelhaft sein, daß die Restitution wegen der versäumten Einlegung des Rechtsmittels der Appellation bei demjenigen Gericht nachzusuchen ist, gegen dessen Erkenntniß die Partei zu appelliren beabsichtigt; andererseits aber

Digitized by Google

wird ebenso unzweifelhaft das Restitutionsgesuch an die höhere Instanz zu richten sein, wenn die Appellation zwar rechtzeitig interponirt, deren rechtzeitige Einführung aber versäumt ist.

Hieraus könnte man nun den Schluß zu ziehen geneigt sein, daß der Implorant, welcher das Rechtsmittel der Appellation rechtzeitig zu interponiren versäumt hat und nach Ablauf der 6wöchigen gesetzlich bestimmten Appellationseinführungsfrist das Beweisinterlocut des Altonaer Magistrats vom 25. April d. J. auf dem Wege der Appellation anzufechten beabsichtigt, wegen der versäumten Interposition beim Altonaer Magistrat und wegen versäumter Introduction des Rechtsmittels beim Obergericht um Restitution nachsuchen müßte. Denn es ist klar, daß, wenn wirklich ein Versäumniß beider Fristen im vorliegenden Fall statuirt werden könnte, bei dem unzweideutigen Wortlaut des § 2 der cit. Verordnung vom 14. Juli 1863 weder der Altonaer Magistrat competent sein würde, gegen die versäumte Introductionsfrist, noch das Obergericht gegen die versäumte Interpositionsfrist die Restitution zu bewilligen. Allein wie wenig angemessen es wäre, wenn das höhere und das diesem untergeordnete Gericht dieselbe Frage, ob nämlich das Gesuch um Restitution, welches in beiden Instanzen regelmäßig durch die gleichen Gründe zu motiviren sein würde, begründet sei, in erster Instanz zu entscheiden hätten, liegt auf der Hand. Bei der Möglichkeit, von der bezüglich der Restitution wegen der versäumten Introductionsfrist abgegebenen Entscheidung des Obergerichts an das Oberappellationsgericht zu suppliciren, könnte der Fall eintreten, daß das höchste Gericht die Restitution wegen der versäumten Introduction ertheilen würde, während das Obergericht in zweiter und letzter Instanz rechtskräftig entschieden hätte, daß die Restitution wegen versäumter Interposition des Rechtsmittels nicht zu ertheilen sei. Die Entscheidung der höchsten Instanz würde sonach practisch ohne Bedeutung bleiben, da ohne vorgängige Interposition die gehörige Introduction des Rechtsmittels unmöglich ist. Dies Resultat, so bedenklich es auch ist, würde die unvermeidliche Folge sein, wenn angenommen werden müßte, daß in einem Fall, wie der vorliegende, die Parteien genöthigt wären, sowohl wegen der versäumten Interposition, als auch wegen versäumter Introduction der Appellation um Restitution nachzusuchen. In der That liegt nun aber für die Partei nur die Nothwendigkeit vor, Restitution wegen der versäumten Frist zur Einwendung der Appellation zu suchen; wird diese ihr bewilligt, so hat sie damit zugleich das Recht erhalten, innerhalb der gesetzlichen Frist von 6 Wochen die Appellation einzuführen.

Die rechtzeitige Einwendung der Appellation bildet eine der wesentlichen Bedingungen, welche vom Appellanten erfüllt werden müssen, um das Rechtsmittel in der höhern Instanz verfolgen zu können. Nach § 11 der Verordnung vom 22. August 1863, betr. die Appellation und die Supplication an die Oberdicasterien, hat der Appellant die gehörig erfolgte Einwendung bei Einführung des Rechtsmittels zu bescheinigen und würde, wenn das Rechtsmittel nicht eingewendet wäre, die Appellation verworfen werden müssen. Hat daher eine Partei die rechtzeitige Interposition des Rechtsmittels der Appellation versäumt, so ist sie überall nicht mehr in der Lage, das Rechtsmittel gehörig einführen zu können, es sei denn, daß sie wegen der versäumten Interposition vorgängig Restitution erhalten hätte. Ehe dies geschehen, wird aber von einem Versäumniß der Introductionsfrist nicht die Rede sein können, da sich doch nicht behaupten läßt, daß die Partei eine Frist zur Vornahme eines processualischen Schrittes versäumt habe, wenn sie rechtlich nicht im Stande war, die betreffende Handlung wirksam machen zu können.

Würde die Appellationseinführungsfrist noch, wie früher, vom Tage der Appellationseinwendung an zu berechnen sein, so würde diese ganze Frage nicht zweifelhaft sein, es würde die Introductionsfrist erst mit der, sei's innerhalb der gesetzlichen, sei's innerhalb der auf dem Wege der Restitution neu erlangten richterlichen Frist wirklich geschehenen Interposition zu laufen beginnen.

Die Veränderung, die im § 11 der Verordnung vom 22. August v. J. in dieser Beziehung geschaffen ist, besteht darin, daß nun eine 6wöchige Frist zur Einführung der Appellation festgesetzt ist, welche vom Tage der Verkündigung resp. Behändigung des anzufechtenden Erkenntnisses zu laufen beginnt. Das Gesetz hat aber, indem es dies vorschreibt, offenbar nur den regelmäßigen Fall im Auge, daß die Appellation intra decendium interponirt sei und kann und will gewiß nicht den Fall treffen, wenn eine Partei in Folge der versäumten rechtzeitigen Interposition, das Rechtsmittel zu

Digitized by Google

introduciren, rechtlich behindert war. Es wird dies um so weniger angenommen werden können, als bei dem zwischen der Interposition und der Introduction bestehenden inneren Zusammenhang der Tag der Publication resp. Insinuation des Erkenntnisses offenbar nur aus dem Grunde als Anfangspunkt für die Introductionsfrist gewählt ist, weil an demselben Tage auch die Frist für die Interposition des Rechtsmittels der Appellation zu laufen beginnt. Es hat also mit dieser Bestimmung im § 11 der citirten Verordnung nichts anderes gesagt werden sollen, als daß der Beginn der Introductionsfrist von demselben Tage an zu berechnen sei, an welchem die 10tägige Frist zur Einwendung des Rechtsmittels zu laufen anfängt. Wenn demnach an die Stelle der gesetzlichen Frist zur Einwendung des Rechtsmittels zur Appellation, im Fall die Partei solche unbenutzt verstreichen läßt, in Folge eines Restitutionsgesuches eine neue richterliche Frist gesetzt wird, so wird consequenter Weise auch die Introductionsfrist erst von dem Tage zu laufen anfangen, von welchem der Lauf der richterlicherseits gegebenen neuen Frist zur Appellationseinwendung zu berechnen ist, d. i. vom Tage der Verkündigung resp. Insinuation des Restitutionsdecretes.

Nach dem Vorstehenden hatte der Implorant demnach lediglich um eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der versäumten Frist zur Einwendung der Appellation und zwar nach § 2 der cit. Verordnung vom 14. Juli 1863 bei dem Altonaer Magistrat nachzusuchen. Dies ist vom Imploranten geschehen, indem er in dem unterm 27. Juni d. J. bei dem Magistrat eingereichten Gesuche um Restitution gegen den Ablauf der Appellationsfrist gebeten hat. Da actenmäßig vorliegt, daß der Implorant die Appellation nicht interponirt hat und mithin einer Restitution dieses Versäumnisses halber bedarf, so ist der gebrauchte Ausdruck „Appellationsfrist“ um so mehr zu Gunsten des Imploranten, nämlich dahin zu interpretiren, daß er mit diesem Worte die Appellationseinwendungsfrist habe bezeichnen wollen, als dies Wort in diesem Sinne wirklich auch angewendet wird, z. B. von Bayer, der in dem Register zu seinen Vorträgen über den Civilproceß s. v. „Appellationsfrist“ auf seine Erörterungen über die Einlegung der Appellation verweist.

Da sonach der Altonaer Magistrat zur Entscheidung des vorliegenden Gesuches um Restitution competent und von ihm ein Erkenntniß in der Sache selbst noch nicht abgegeben ist, hat wie geschehen erkannt werden müssen.

Wenn durch Uebereinkunft der Parteien anstatt der Appellation die Supplication gewählt worden ist, so hat der Supplicant die Voraussetzung der Gültigkeit dieser Uebereinkunft, daß nämlich der Werth des Streitgegenstandes die Summe von 600 ℛ R.-M. nicht übersteige, nachzuweisen.

Auf die sub praes. den 9. October d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift von Seiten des Zimmermanns Joch. Friedr. Asmus Facklam zu Raustorf, Wittwe Doroth. Magd. Elise Kippner, geb. Facklam, c. c. zu Hamburg und Ehefrau Sophia Maria Christ. Wriedt, geb. Facklam, c. cur. mar. zu Wandsbeck, Kläger, Producenten und Supplicanten,

wider

den Bauervogt Timmermann zu Raustorf, als bestelltem Curator im Concurse des wail. Andreas Ludwig H. Facklam, Beklagten, Producten und Supplicaten,

hauptsächlich wegen Entlassung der Facklamschen Anbauerstelle aus der Concursmasse des Cridars Facklam, inzwischen Beweises, jetzt Supplication gegen das Erkenntniß des Trittauer Amtsgerichts von 26./29. August d. J.,

wird,

in Erwägung, daß es Sache der Parteien ist, das Vorhandensein der für das gewählte Rechtsmittel vorgeschriebenen Berufungssumme, insofern sich diese nicht sofort klar ergiebt, nachzuweisen und daher auch, falls gegen ein von einem Untergericht im ordentlichen Proceßverfahren abgegebenes Erkenntniß mit Einwilligung des Gegners supplicirt wird, den Nachweis zu liefern, daß der Werth des für die Berufung in Betracht kommenden Streitobjects die Summe von 600 ℛ v. R.-M. nicht übersteige, und

in Erwägung, daß da hierüber eine Bescheinigung von den Supplicanten nicht beigebracht ist, es um so mehr als zweifelhaft erscheinen muß, ob nach dem Werth des aus einem Hause und Garten bestehenden Streitgegenstandes die zur Hand genommene Suppli-

Digitized by Google

cation das richtige Rechtsmittel sei, als nach dem Inhalt der Acten das Haus in der Brandkasse für 960 ℛ v. R.-M. versichert ist,

den Supplicanten von Obergerichtswegen hierdurch zum Bescheide ertheilt,

daß die Supplication anhero nicht erwachsen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 2. November 1864.

Criminalfall.

Diebstahl und Unterschlagung.

Das pag. 222 ff. dieses Jahrgangs abgedruckte Straferkenntniß ist auf erhobene Supplication durch Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 19. November d. J. unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe bestätigt worden.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Pater est quem nuptiae demonstrant. Gültigkeit dieser Präsumtion im Herzogthum Schleswig. Anwendbarkeit derselben auf vorehelich erzeugte, jedoch während der Ehe geborene und von dem Ehemann als die seinigen anerkannte Kinder. Gegenbeweis wider dieselbe. Folgerung der Anerkennung aus dem Umstand, daß der verstorbene Ehemann das Kind als sein eheliches in das Taufregister eintragen ließ. — Klagenhäufung. Die Entscheidung über deren Zulassung ist dem richterlichen Ermessen vorbehalten.

In Sachen des Abnahmemannes Hinrich Claussen in Westerohrstedt, Klägers, jetzt Supplicanten und Supplicaten,

wider

die Wittwe des wail. Staveners Hinrich Claussen cum cur. daselbst und die unmündige Tochter derselben, Christina Maria Claussen, per tutorem den Stavener Hans Claussen ebendaselbst, Beklagte, jetzt Supplicaten und Supplicanten,

betreffend die Auslieferung des Nachlasses des verstorbenen Staveners Hinrich Claussen in Westerohrstedt, jetzt wechselseitige Supplication wider das Erkenntniß des Süderharder Bondengerichts vom 24. November 1863,

ergeben die Acten:

Der Abnahmemann Hinrich Claussen in Westerohrstedt hat bei dem Süderharder Bondengericht klagend vorgebracht: Der am 25. Mai 1863 verstorbene Stavener Hinrich Claussen in Westerohrstedt, ein ehelicher Sohn des Klägers, sei am 12. Juli 1861 mit der Beklagten, seiner nachgelassenen Wittwe, copulirt, welche am 7. November 1861 von einer Tochter, der auf den Namen Christina Maria Claussen getauften unmündigen Mitbeklagten, entbunden worden. Solchergestalt sei die Geburt dieses Kindes in der dreizehnten (rectius in der siebenzehnten) Woche nach geschlossener Ehe erfolgt, dasselbe könne daher dem Naturgesetze nach nicht in stehender Ehe erzeugt sein, müsse mithin von der beklagten Wittwe Claussen bereits vor Eingehung der Ehe mit dem genannten Sohne des Klägers empfangen sein. Um für die Mitbeklagte Christina Maria Claussen die Rechte eines durch die nachfolgende Ehe des Sohnes des Klägers mit der Mutter legitimirten Kindes geltend zu machen, müsse demnach jenseits behauptet und bewiesen werden, daß der mehrerwähnte Hinrich Claussen seine nachherige Ehefrau vor Eingehung der Ehe mit derselben und zwar zu einer mit ihrer am 7. Novbr. 1861 erfolgten Niederkunft nach dem Naturgesetze übereinstimmenden Zeit fleischlich erkannt habe. Um indessen gegen die Anerkennung der Mitbeklagten Maria Christina Claussen als einer durch nachfolgende Ehe mit der Mutter legitimirten Tochter seines Sohnes Hinrich Claussen vollständig gesichert zu sein, behaupte Kläger eventuell, daß seine Schwiegertochter, die Wittwe Claussen, vor jedem fleischlichen Umgange mit seinem Sohn Hinrich Claussen bereits die am 7. November 1861 geborene Christina Maria Claussen unter ihrem Herzen getragen habe. Da demnach Letztere als ein eheliches Kind seines verstorbenen Sohnes Hinrich Claussen rechtlich nicht gelten könne, derselbe auch weder sonstige Leibeserben noch eine letztwillige Disposition hinterlassen habe, so sei Kläger der alleinige ge-

Digitized by Google

setzliche Erbe seines Sohnes Hinrich Clauſſen und erkläre hiedurch wiederholt, daß er die Erbschaft antrete. Die Beklagten wären jedoch im Besitze des ganzen Nachlasses und verweigerten dem Kläger die Herausgabe.

Nachdem Kläger noch näher angegeben, was zum Nachlaß seines verstorbenen Sohnes gehöre, hat er auf das Erkenntniß angetragen:

daß die Mitbeklagte Christina Maria Clauſſen als eheliche Tochter und als Erbin des wail. Bondenstaveners Hinrich Clauſſen in Westerohrstedt nicht anzuerkennen, die Mitbeklagte, Wittwe Clauſſen cum cur., daher schuldig sei, dem Kläger in seiner Eigenschaft als alleinigem Intestaterben des vorgenannten Hinrich Clauſſen die sämmtlichen zu dem von demselben in die Ehe mit ihr eingebrachten Staven gehörigen Ländereien, die auf diesem Staven befindlichen Gebäude gegen Vergütung des halben Taxationswerths derselben, sowie auch die nach Abzug der sämmtlichen auf der ehelichen Communion haftenden Schulden und der von ihr darauf gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen frei überschießende Hälfte der seit dem Ableben ihres Ehemannes und bis zur vollendeten diesjährigen Ernte von den in ihrem Besitze befindlichen Ländereien der Erbmasse gezogenen Früchte und der sonstigen in die eheliche Gütergemeinschaft geflossenen beweglichen Güter, event. des Werths dieser Früchte und Güter, nach einem von ihr darüber zu edirenden eidlichen Inventar innerhalb Ordnungsfrist auszukehren, auch demselben die Proceßkosten, d. e. m. s., innerhalb derselben Frist zu erstatten.

Die Beklagten haben sich gegen diese Klage in gesonderten Exceptionsschriften vertheidigt. Die Beklagte Wittwe Clauſſen hat der Klage als proceßhindernd folgende dilatorische Einreden opponirt und zu deren Begründung angeführt:

1) die Einrede der unzulässigen subjectiven Klagenhäufung; Kläger habe zwei verschiedene Personen, die Beklagte und ihre unmündige Tochter, in einem Klaglibell aus verschiedenen rechtlichen und historischen Gründen belangt und daran verschiedene Anträge geknüpft; eine subjective Klagenhäufung sei nur in dem Fall einer Streitgenossenschaft oder wenn die Vertheidigung der in einer Klage belangten Personen auf demselben Grunde beruhe und dieselbe Leistung von ihnen begehrt werde, statthaft, welcher Fall hier entschieden nicht vorliege;

2) die Einrede der unzulässigen objectiven Klagenhäufung. Der Kläger habe in seinem Klaglibell die jura status der Mitbeklagten, der unmündigen Christina Maria Clauſſen, bestritten und mit dieser Klage auf Aberkennung derselben als ehelichen Tochter seines verstorbenen Sohnes die Theilungsklage wider die Beklagte, die Wittwe desselben, verbunden; eine solche Cumulation zweier ganz verschiedener Klagen sei unzulässig, weil die erstere Klage im Verhältniß zur zweiten als eine Präjudicialklage aufzufassen, von deren Entscheidung es abhängig sei, ob letztere überhaupt zulässig sei oder nicht;

3) die Einrede der zu früh erhobenen Klage. Der Kläger erscheine bis dahin, daß der von ihm wider die unmündige Tochter der Beklagten erhobene Rechtsstreit zu seinen Gunsten rechtskräftig entschieden sei, gar nicht befugt, die Theilungsklage wider sie zu erheben, weil erst dann actio nata sei, wenn er die Tochter der Beklagten als eheliche Tochter und Intestaterbin ihres verstorbenen Ehemannes beseitigt habe; so lange dies nicht geschehen, fehle dem Kläger jegliche Klagberechtigung gegen die Beklagte, weil die Descendenten die Ascendenten von der Erbfolge ausschlössen.

An diese Exceptionen hat die Beklagte die Bitte um Abweisung des Klägers mit seiner gegen die Beklagte erhobenen Klage resp. angebrachtermaaßen und zur Zeit unter Erstattung der Kosten geknüpft und dann noch weiter angeführt: es liege in der Natur der Sache, daß sie sich auf die Klage selbst nicht einlassen könne und wolle, weil sie dadurch dem gerichtlich bestellten Vormunde ihrer unmündigen Tochter Christina Maria Clauſſen vorgreifen würde, dessen Aufgabe es sein werde, die jura status seiner Pupillin gegen die unbefugten Angriffe des Klägers zu vertheidigen, mit welchem Rechtsstreite sie direct nichts zu schaffen habe. Da nun derselbe präjudiciell für die gegen sie erhobene Klage sei, so folge daraus, daß sie nicht schuldig sein könne, darauf sich einzulassen, indem sie vielmehr die Streiteinlassung entschieden verweigern müsse.

Der Mitbeklagte, der Stavener Hans Clauſſen, als gerichtlich bestellter Vormund der unmündigen Christina Maria Clauſſen, hat in der von ihm eingereichten

Digitized by Google

Exceptionsschrift, nachdem er zuvor gleichfalls die Einreden der unzulässigen subjectiven und der unzulässigen objectiven Klagenhäufung opponirt hat, erklärt, event. auf die Hauptklage eingehen zu wollen und zur Begründung der opponirten Einrede des gänzlich fehlenden Klagerechts und der daher durchaus unbegründeten und frivolen Klage angeführt. Er räume ein, daß der am 25. Mai 1863 verstorbene Stavener Hinrich Claussen ein ehelicher Sohn des Klägers sei, daß dieser am 12. Juni 1861 mit der Mutter seiner Pupillin copulirt worden, desgleichen, daß die jetzige Wittwe des wail. Hinrich Claussen in Westerohrstedt am 7. Novbr. 1861 von einer Tochter entbunden worden, die auf den Namen Christina Maria Claussen getauft sei, mit Rücksicht auf den seiner Exceptionsschrift beigefügten Extract aus dem Schwesinger Geburts- und Taufregister, worin es seine Bestätigung finde, daß Christina Maria Claussen eine eheliche Tochter des Hausmanns Hinrich Claussen in Westerohrstedt und seiner Ehefrau Synje, geb. Carstensen, sei, wolle auch nicht bestreiten, daß, weil die Geburt dieses Kindes bereits in der 13. Woche nach geschlossener Ehe erfolgt sei, dasselbe dem Naturgesetze zufolge nicht in stehender Ehe erzeugt sein könne, mithin von der Wittwe Claussen vor Eingehung der Ehe mit dem Sohne des Klägers empfangen sein müsse; wenn Kläger aber dann nach der Bemerkung, daß die unmündige Christina Maria Claussen nur dann der Rechte eines durch nachfolgende Ehe mit der Mutter legitimirten Kindes für theilhaftig zu erachten, wenn sie wirklich von dem verstorbenen Hinrich Claussen erzeugt, in der That ein Kind desselben sei, auszuführen suche, daß zu dem Ende von dem Beklagten in qual. qua behauptet und bewiesen werden müsse, daß Hinrich Claussen seine nachherige Ehefrau vor Eingehung der Ehe mit derselben und zwar zu einer mit ihrer Niederkunft übereinstimmenden Zeit fleischlich erkannt habe, so protestire er gegen die Richtigkeit einer solchen Behauptung, da seine Pupillin auf den Namen ihres Vaters, des wail. Hausmann Hinrich Claussen, getauft sei und hier der Rechtsanspruch Platz greife: pater est quem nuptiae demonstrant, indem der verstorbene Vater seiner Pupillin dadurch, daß er dieselbe auf seinen Namen habe taufen und in das Schwesinger Geburts- und Taufregister als seine und seiner Ehefrau Synje, geb. Carstensen, Tochter eintragen lassen, ihr Recht als seine eheliche Tochter über allen Zweifel gestellt habe und dasselbe nach einer so unzweifelhaften Anerkennung abseiten des allein interessirten Vaters nicht mehr Gegenstand eines Rechtsstreits sein könne. Aber auch die eventuelle Behauptung des Klägers, daß seine Schwiegertochter, die Wittwe Claussen, vor dem fleischlichen Umgange mit seinem Sohne Hinrich Claussen bereits die am 7. November 1861 geborene Christina Maria Claussen unter ihrem Herzen getragen habe, qualificire bei dem diesseitigen Ableugnen dieser Behauptung sich nicht zu einer Beweisauflage, wo die Anerkennung der Christina Maria Claussen als eheliche Tochter erwiesen vorliege, da die ohne Protestation vollzogene Taufe nach unsern Rechtsbegriffen einen indelibelen Character in Betreff der Frage an sich trage, welche bürgerlichen Rechte dem Täufling zuständen. Die unmündige Christina Maria Claussen müsse daher als alleinige Erbin ihres verstorbenen Vaters, des wail. Hinrich Claussen, angesehen werden, die kraft ihrer Kindesqualität den Kläger von der Erbschaft nach seinem verstorbenen Sohne ausschließe. Beklagter in qual. qua hat um Abweisung des Klägers mit seiner Klage gebeten. (Der Beschluß folgt.)

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

51. Stück. — Den 19. December 1864.

Entscheidungen in Holsteinischen Sachen.

Unter welchen Umständen und von welchem Zeitpunkt an durch Beförderung eines Beamten eine Vacanz des bisher von ihm bekleideten Amts eintritt*).

Nachdem der Gerichtshalter Mordhorst in Kiel, Justitiar des adeligen Guts Quarnbeck, zum Bürgermeister der Stadt Plön ernannt worden war, beantragte derselbe eine Dispensation von der Vorschrift des § 39 der Gerichtsordnung für die adeligen Güter vom 19. Juli 1805, wornach der Gerichtshalter eines Guts nicht über 4 Meilen von dem Gute entfernt wohnen darf. Auf dies Gesuch wurde ihm von der Herzogl. Landesregierung unterm 20. Mai d. J. ein abschlägiger Bescheid ertheilt.

Als sodann der Eigenthümer des adeligen Guts Quarnbeck um die Entlassung des bisherigen Gerichtshalters und Ertheilung eines Dimissionspatents nachsuchte, wurde von der Herzogl. Landesregierung das nachstehende Rescript erlassen.

Auf die Vorstellung des Herrn Appellationsgerichtsraths S. H. Hall in Flensburg, als Mandatars des Eigenthümers des adeligen Guts Quarnbeck, Sr. Durchlaucht des Fürsten Heinrich LXIX. j. L. Reuß-Köstritz, auf Entlassung des Gerichtshalters und Bürgermeisters Mordhorst in Plön als Gerichtshalter des adeligen Guts Quarnbeck und Ertheilung eines Dimissionspatents an denselben, wird Ihnen hiemittelst eröffnet:

daß, gleich wie bei anderen Beamten ihre Ernennung zu einem Amte, mit dessen Antritt die Fortführung des bisher bekleideten Amtes unvereinbar ist, die Vacanz des letzteren zur Folge hat, ohne daß es einer förmlichen Entlassung von diesem Amte bedarf, auch bei Gerichtshalterschaften durch die Beförderung des Justitiars zu einem Staatsdienste, mit dem die fernere Verwaltung der Gerichtshalterschaft mit Rücksicht auf die Entfernung des Wohnortes oder aus anderen Gründen nicht vereinbar ist, der Eintritt der Vacanz nicht bedingt ist von der vorgängigen Ausfertigung eines Dimissionspatentes, indem das Rescript vom 24. December 1807, betreffend die Entlassung der Gerichtshalter, die ihre Stelle niederzulegen wünschen (Chronol. Sammlung der Verordnungen 1807, S. 237), keine von den im Allgemeinen für Beamte geltenden Regeln abweichende Bestimmungen enthält, auch bei einer Beförderung eines Gerichtshalters zu einem Amte, welches ihn zu einer Wohnungsveränderung nöthigt, die mit der Vorschrift des § 39 der Gerichtsordnung für die adeligen und andere mit Gerichtsbarkeit versehene Güter vom 19. Juli 1805, wornach kein Gerichtshalter weiter als 4 Meilen vom Gerichtsorte entfernt wohnen darf, nicht im Einklang steht, kein genügender Grund für die Annahme gegeben ist, daß es etwa die Absicht gewesen, eine Abweichung von der gedachten Gesetzesvorschrift eintreten zu lassen;

daß es demgemäß auch in früheren ähnlichen Fällen verhalten worden und deshalb um so weniger Veranlassung vorliegt, für den Gerichtshalter und Bürgermeister Mordhorst, dem inzwischen auf das von demselben eingereichte Gesuch um Dispensation von der erwähnten Vorschrift der Gerichtsordnung unter dem 20. Mai d. J. ein abschlägiger Bescheid ertheilt worden ist, ein Dimissionspatent zu erwirken;

daß, wenngleich sonach die Gerichtshalterschaft für Quarnbeck von dem Zeitpunkt angerechnet, wo der Ge-

*) Vergl. pag. 22 dieses Jahrgangs.

Digitized by Google

richtshalter Mordhorst die Bürgermeisterbedienung in Plön angetreten, als erledigt anzusehen ist, doch in Berücksichtigung der in dieser Beziehung entstandenen Zweifel der Gutsherrschaft von Quarnbeck zur Namhaftmachung des neu erwählten Gerichtshalters bei dem Holsteinischen Obergericht eine vom heutigen Tage an zu berechnende achtwöchige Frist bewilligt wird.

Herzogl. Landesregierung zu Kiel, den 8. Sept. 1864.

Der Rheder eines Schiffes haftet für den Schaden, den der Führer desselben durch Uebersegeln anrichtet, nur subsidiär. — Nach Lübschem Rechte ist derselbe, wenn die Uebersegelung ohne ein Verschulden des Schiffers stattgefunden hat, zum Ersatz der Hälfte des Schadens verpflichtet.

Zu dem pag. 85 ff. dieses Jahrgangs mitgetheilten Rechtsfall ist noch folgender Bescheid des Oberappellationsgerichts nachzutragen.

Auf die am 22. März d. J. hieselbst eingegangene Appellationsrechtfertigung des Gerichtsvogts Krüger zu Collmar, als gerichtlich bestellten Massecurators im Concurse der Wittwe Margaretha Maria Lienau, geb. Carlsen in Collmar, Klägers, jetzt Appellanten,

wider

das Holsteinische Obersachwalteramt, Namens des Königl. Finanzministeriums, Beklagten, jetzt Appellaten,

wegen Schadensersatz, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 22. October v. J.,

wird,

in Erwägung, daß nach den Seerechten vieler Staaten und namentlich derjenigen, welche die Ostsee begrenzen, die Rhederei für einen von dem Schiffer durch Ansegeln schuldvoll angerichteten Schaden nur haftet, wenn der Schiffer den Schaden nicht zu ersetzen vermag, und daß die Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Fall um so unbedenklicher ist, als die Bestimmung im Lübschen Rechte lib. IV, Tit. 3, Art. 3 über die Verpflichtung des Eigenthümers eines Fuhrwerks für den Schaden, welchen sein Kutscher schuldvoller Weise mit dem Fuhrwerk angestiftet hat, bis zum Werthe von Pferd und Wagen aufzukommen, wenn die Erstattung des Schadens von dem Kutscher nicht zu erreichen ist, wie von den Commentatoren des Lübschen Rechts bezeugt wird, stets in der Gerichtspraxis auf das Verhältniß von Rheder und Schiffer analog angewandt worden ist;

in Erwägung, daß hiernach die vier ersten Beschwerden des Appellanten, welche auf die Annahme einer nicht blos subsidiären, sondern principalen, dem Rheder obliegenden Ersatzpflicht für die von seinem Schiffer schuldbarer Weise bei der Fahrt gestifteten Schäden gegründet sind, keine Berücksichtigung finden können;

in Erwägung sodann, die fünfte Beschwerde betreffend, daß zwar der nach lib. VI, Tit. 4, Art. 3 des Lübschen Statuts stattfindende Anspruch auf Erstattung des halben durch casuelle Ansegelung verursachten Schadens lediglich von einer dem Schiffseigenthümer auferlegten Legalobligation zu verstehen ist, und also die auf casuelle Ansegelung gegründete Ersatzklage sofort gegen den Rheder und nur gegen diesen zu richten ist,

daß aber der Appellant zunächst aus angeblich vom Capitain Petersen verschuldeter Ansegelung geklagt hat, und wenn er mit solcher Klage, sowie dem derselben entsprechenden Antrag auf Erstattung des ganzen Schadens, eventuell den Antrag auf Erstattung des halben Schadens verbunden hat, diese Eventualität, mit Rücksicht auf die in der Begründung der cumulirten Klagen stattfindenden Gegensätze, doch nur alsdann rechtliche Wirksamkeit würde äußern können, wenn der Beweis einer stattgehabten Verschuldung des Capitains Petersen verfehlt oder widerlegt sein sollte, und also der Thatbestand eines casuellen Zusammenstoßes sich herausgestellt haben sollte, welchemnach die zunächst gegen den Schiffer zu verweisende Klage vor der eventuellen Klage, ihrer materiellen Begründung nach, abgeurtheilt sein muß,

welchemnach auch die fünfte Beschwerde der Begründung ermangelt,

hierdurch dem Appellanten

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzoglich Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 16. November 1864.

Digitized by Google

Ist ein Provocationsmandat zulässig, worin eine Partei angewiesen wird, binnen bestimmter Frist die Ladung zum Audienztermin auszubringen?

Auf ein von dem Bauervogt Wandel in Neversdorf als Erbpächter des Leezener Sees wegen Trockenlegung desselben extrahirtes Proclam hatten mehrere Neversdorfer Eingesessene professa beschafft, und wurden dieselben auf seinen Antrag durch Decret des Segeberger Amthauses vom 25. Juni d. J. angewiesen, ihre behaupteten Ansprüche innerhalb 4 Wochen ab insin., sub poena perpetui silentii, im Wege Rechtens klagend geltend zu machen.

Von den Profitenten wurde nun bei dem Segeberger Amthause die Ansetzung eines Audienztermins beantragt. Dieser Termin ist am 16. Juli d. J. abgehalten und wurde in demselben zum Bescheide ertheilt:

daß diese Sache ad ordinarium zu verweisen, und Citanten, falls sie mit ihren Ansprüchen in Ruhe zu stehen nicht gesonnen, wider den Citaten zum nächsten Michaelisamtsgerichte rechtsbehörig Ladung auszubringen hätten.

Die Profitenten waren indeß des Erachtens, daß ihnen in dem Provocationsmandate vom 25. Juni d. J. aufgegeben sei, binnen der dort präfigirten 4 Wochen die Klage bei dem Amtsgerichte anzustellen und auf die nächstbevorstehende Michaelis-Juridica des Amtsgerichts Ladung auszubringen, es sei denn, daß sie eine Verlängerung der gedachten vierwöchigen Frist bei dem Amthause impetrirten. Sie reichten daher bei dem Amthause ein Dilationsgesuch ein, worin sie baten, daß die gedachte Frist um weitere 4 Wochen verlängert werden möge.

Von dem Amthause jedoch ward:

in Betracht, daß die im Provocationsmandate enthaltene Auflage, die erhobenen Ansprüche innerhalb 4 Wochen ab ins. im Wege Rechtens klagend geltend zu machen, nicht dahin zu verstehen ist, daß die betreffenden Klagen innerhalb der gedachten Frist bei dem Amtsgerichte, sondern, wie Solches auch geschehen, bei dem in dieser Hinsicht zunächst competenten Amthause anhängig zu machen seien, sowie

in Erwägung, daß in Uebereinstimmung hiemit in dem Remissorialdecrete vom 16. Juli d. J. den Provocaten aufgegeben ist, zum nächsten Michaelis-Amtsgericht rechtsbehörig Ladung wider den Provocanten auszubringen und in dieser Hinsicht mithin die bezügliche Bestimmung in den Vorschriften zur Einschränkung der Gerichtstermine bei den Untergerichten vom 18. Febr. 1823 zur Anwendung kommen wird,

zum Bescheide ertheilt:

daß das Amthaus auf die erbetene Fristverlängerung nicht eingehen könne.

Gegen diesen Bescheid haben die Provocaten die Supplication anhero ergriffen, worauf sie folgenden Bescheid erhielten.

Auf die sub praes. den 19. d. M. hieselbst eingegangene Vorstellung und Bitte der Vollhufner Jochim Christian Rickert, Jochim Christian Harm, Fritz Harm, der Halbhufner Hans Hinrich Danger und Christian Schöttler, des Viertelhufners Detl. Schlötel, der Eigenkäthner Hans Hinrich Hamer und Christian Hinrich Bewarder, sämmtlich in Neversdorf, Provocaten und Justificanten, jetzt Querulanten,

wider

den Bauervogt Hans Jochim Wandel daselbst, Provocanten und Justificaten, jetzt Querulaten,

betr. die Justification einer Angabe zum Proclam wegen Trockenlegung des Leezener Sees, wegen Verlängerung der Justificationsfrist, jetzt um Aufhebung des von dem Segeberger Amthause unterm 28./30. Juli d. J. abgegebenen Decrets,

wird,

in Erwägung, daß die in einem Provocationsmandat enthaltene Auflage, gewisse Ansprüche binnen bestimmter Frist im Wege Rechtens klagend geltend zu machen, regelmäßig allerdings nicht durch die Abhaltung eines Audienztermins innerhalb dieser Frist erfüllt wird, weil, wie auch in dem in den Anzeigen 1863, pag. 80 mitgetheilten Rechtsfall ausgesprochen ist, für den Kläger im Fall der Nichtanerkennung des Laudum keine Verpflichtung besteht, den Rechtsstreit weiter fortzusetzen, vielmehr alsdann noch eine neue Provocation gegen ihn erhoben werden müßte und somit die erste Provocation resultatlos sein würde, daß indeß in dem Segeberger Justizreglement der Kläger bei vergeblichem Audienztermin unter dem Präjudiz des Verlustes seiner Ansprüche angewiesen ist, nach bestimmter Zeit die Sache beim Amtsgerichte einzuciliren und daß daher für das Amt Segeberg kein Bedenken obwalten kann, in einem Provocationsmandat die Frist in dem Sinne vorzuschreiben, daß innerhalb derselben lediglich beim

Digitized by Google

Amthause die Ladung zum Audienztermine, nicht zugleich auch die Ladung beim Amtsgerichte zur ordentlichen Verhandlung ausgebracht sein müsse, und

in Erwägung, daß vom Segeberger Amthause ein Mandat dieses Inhalts abgegeben worden ist, folglich nach abgehaltenem Audienztermin von einer Erstreckung der in diesem Mandate präfigirten Frist keine Rede mehr sein kann,

hiedurch bei Retradirung der Originalanlagen den Supplicanten von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 7. Septbr. 1864.

Ist der Regreßklage des Bürgen gegenüber die Behauptung des beklagten Hauptschuldners, daß er behufs der Zahlung an den Creditor das dazu erforderliche Geld dem Kläger habe behändigen lassen, als negative Einlassung oder als Einrede aufzufassen?

In Sachen des Steinhauers Johann Christian Schröder in Heide, Beklagten, Provocaten, jetzt Supplicanten,

wider

Johann Andreas Martens in Barkenhelm, Kläger, Provocanten, jetzt Supplicaten,

in puncto praet. deb. 36 ℔ 26 ß R.-M., jetzt Supplication gegen ein Erkenntniß des Norderdithmarsischen Gerichts vom 9. Januar d. J.,

ergeben die Acten:

Der Kläger hat eine gegen den Beklagten vor der Norderdithmarsischen Landvogtei erhobene Klage auf die Behauptung begründet, daß er für die Erfüllung eines am 20. Novbr. 1852 zwischen diesem und einem Mädchen, Anna Hartmann in Heide, abgeschlossenen Vergleichs die selbstschuldige Bürgschaft übernommen und in seiner Eigenschaft als Bürge am 5. Novbr. 1853 die Summe von 75 ℔ Cour. an den Sachwalter der Hartmann bezahlt habe, deren Erstattung er vom Beklagten nicht erlangen könne.

Der Beklagte hat in seinen Exceptionalien die geschehene Uebernahme der Bürgschaft für ihn von Seiten des Klägers eingeräumt, aber die stattgehabte Bezahlung der 75 ℔ durch diesen als selbstschuldigen Bürgen geleugnet und dagegen bemerkt, daß er in der Zeit vom 10. März bis zum 2. October 1853 nach und nach seiner Ehefrau von seinem Wochenlohn 105 ℔ Cour. behändigt und ihr befohlen habe, davon die 75 ℔ an die Anna Hartmann zu bezahlen, und daß diese darauf zur Beschaffung dieser Zahlung dem Beklagten, ihrem Vater, 75 ℔ behändigt habe, welcher dann das Geld zu dem Sachwalter der Hartmann gebracht habe.

Nach stattgehabtem Re- und Dupliciren hat die Landvogtei am 4. Juni v. J. dem Kläger den Beweis auferlegt:

daß er in der Eigenschaft als selbstschuldiger Bürge des Beklagten für diesen am 5. Novbr. 1853 75 ℔ v. Crt. oder 40 ℔ R.-M. oder wie viel weniger an den Advocaten Francke als Anwalt der in der Klage genannten Anna Hartmann bezahlt habe.

Gegen dies Erkenntniß hat der Kläger an das Norderdithmarsische Gericht provocirt, von welchem sodann am 9. Januar d. J. unter Aufhebung des landvogteilichen Erkenntnisses erkannt worden ist:

daß Kläger und Provocant den Grund seiner Klage, wie Rechtens, erwiesen habe, dem Beklagten und Provocaten aber der Beweis freizulassen sei, daß er vom März bis October des Jahres 1853 dem Kläger das Geld zur Zahlung der laut Vergleichs vom 20. Novbr. 1852 vom Kläger (rect. Beklagten) an die Anna Hartmann geschuldeten Summe von 40 ℔ R.-M. habe einhändigen lassen.

Durch dies Erkenntniß hat nunmehr der Beklagte sich beschwert erachtet und sich mit einer Supplication gegen dasselbe an das Holsteinische Obergericht gewandt, indem er seine Beschwerde darin setzt:

daß erkannt worden, wie geschehen, und nicht vielmehr das von der Norderdithmarsischen Landvogtei unterm 4. Juni v. J. abgegebene Beweiserkenntniß bestätigt worden.

Es steht daher zur Frage: ob die Behauptung der Exceptionsschrift des Supplicanten, daß dieser dem Supplicaten das Geld zur Bezahlung der mehrerwähnten Vergleichssumme vor der Zahlung habe einhändigen lassen, als eine qualificirte verneinende Einlassung oder als eine wahre Einrede zu betrachten ist.

Digitized by Google

In Erwägung nun, daß die erhobene Klage durch die Behauptungen begründet war, daß der Kläger sich für eine Schuld des Beklagten verbürgt, und daß er diese Schuld durch Zahlung an den Gläubiger getilgt hätte, dagegen nicht noch daneben zum Klagfundamente gehört hat, daß er in seiner Eigenschaft als selbstschuldiger Bürge die Zahlung beschafft hat, da schon die bloße Thatsache der geschehenen Tilgung der Hauptschuld, zusammen gehalten mit dem bestehenden Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Bürgen, den Regreßanspruch des Letzteren begründet;

in Erwägung, daß die angeführten die Klage im Allgemeinen begründenden Thatsachen von dem Beklagten nicht bestritten waren und daher eine weitere Beweisauflage an den Kläger nicht stattfinden konnte;

in Erwägung, daß dagegen, wenn der Beklagte vor der Zahlung dem Kläger das dazu nöthige Geld hatte behändigen lassen, dieser nicht mehr einen Ersatzanspruch aus der beschafften Zahlung gegen ihn würde erheben können, diese Behauptung also eine die erwiesene Klage elidirende Einrede ist, deren thatsächliches Fundament dem Beklagten, wie geschehen, zum Beweis zu verstellen war,

wird dem Supplicanten auf seine sub praes. den 1. Februar d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 5. April 1864.

Bei Einführung der Supplication ist das Nichtvorhandensein der Appellationssumme nachzuweisen, wenn andernfalls die Appellation das richtige Rechtsmittel sein würde.

Auf die sub praes. den 24. Septbr. d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift Vogts Timmermann zu Raustorf, als Güterpflegers im Concurse des wail. Mühlenbesitzers A. L. F. Facklam daselbst, Beklagten und Supplicanten,

wider

den Zimmermann Jochim Friedr. Asmus Facklam zu Raustorf, die Wittwe Dor. Magd. Elis. Kipner, geb. Facklam, c. c. zu Hamburg und die Ehefrau Sophie Maria Chr. Wriedt, geb. Facklam, c. c. m. zu Wandsbeck, Kläger und Supplicaten,

hauptsächlich wegen verlangter Entlassung der Facklam'schen Anbauerstelle aus der bezeichneten Concursmasse, jetzt Supplication wider den Bescheid des Trittauer Amtsgerichts vom 26./29. August d. J.,

wird,

in Erwägung, daß es Sache der Partei ist, das Vorhandensein der für das gewählte Rechtsmittel vorgeschriebenen Berufungssumme, insofern sich diese nicht sofort klar ergiebt, nachzuweisen, und daher auch, falls gegen ein von einem Untergericht im ordentlichen Proceßverfahren abgegebenes Enderkenntniß supplicirt wird, den Nachweis zu liefern, daß der Werth des für die Berufung in Betracht kommenden Streitobjects die Summe von 200 ℛ R.-M. nicht erreicht, und

in Erwägung, daß, da hierüber eine Bescheinigung vom Supplicanten nicht beigebracht ist, es um so mehr als zweifelhaft erscheinen muß, ob nach dem Werth des aus einem Hause nebst Garten bestehenden Streitgegenstandes die zur Hand genommene Supplication das richtige Rechtsmittel sei, als nach dem Inhalt der Acten das Haus in der Brandkasse für 960 ℛ R.-M. versichert ist,

dem Supplicanten von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt,

daß die Supplication anhero nicht erwachsen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Herzogl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 2. Novbr. 1864.

Entscheidungen in Schleswigschen Sachen.

Pater est quem nuptiae demonstrant. Gültigkeit dieser Präsumtion im Herzogthum Schleswig. Anwendbarkeit derselben auf vorehelich erzeugte, jedoch während der Ehe geborene und von dem Ehemann als die seinigen anerkannte Kinder. Gegenbeweis wider dieselbe. Folgerung der Anerkennung aus dem Umstand, daß der verstorbene Ehemann das Kind als sein ehe-

Digitized by Google

liches in das Taufregister eintragen ließ. — Klagenhäufung. Die Entscheidung über deren Zulassung ist dem richterlichen Ermessen vorbehalten.

(Beschluß.)

Nach stattgehabter Verhandlung hat das Bondengericht der Süderharde unterm 24. November 1864 erkannt:*)

würde Kläger, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, innerhalb Ordnungsfrist rechtlicher Art nach beweisen und darthun, daß die jetzige Wittwe des wail. Staveners Hinrich Claussen in Westerohrstedt vor jedem fleischlichen Umgange mit dem gedachten Hinrich

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung,

1) daß Kläger wider die Beklagten eine Klage dahin erhoben hat, daß die Mitbeklagte Christina Maria Claussen, weil selbige bereits in der 13. Woche nach der von der Mitbeklagten, jetzigen Wittwe des wail. Staveners Hinrich Claussen in Westerohrstedt, mit dem Sohn des Klägers, dem genannten Hinrich Claussen jun., eingegangenen Ehe geboren sei und er, Kläger, auch eventuell behaupte, daß die jetzige Wittwe Claussen vor jedem fleischlichen Umgange mit seinem Sohne Hinrich Claussen die am 7. November 1861 geborne Mitbeklagte Christina Maria Claussen bereits unter ihrem Herzen getragen habe, als eheliche Tochter und als Erbin des wail. Bondenstaveners Hinrich Claussen in Westerohrstedt nicht anzuerkennen, die Mitbeklagte Wittwe Claussen daher schuldig sei, dem Kläger, in seiner Eigenschaft als alleinigem Intestaterben des vorgenannten Hinrich Claussen, die sämmtlichen zu dem von demselben in die Ehe mit ihr gebrachten Staven gehörigen Ländereien, die auf demselben befindlichen Gebäude gegen Vergütung des halben Taxationswerthes derselben, so wie auch die nach Abzug der sämmtlichen auf der ehelichen Communion haftenden Schulden und der von ihr darauf gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen frei überschießende Hälfte der seit dem Ableben ihres Ehemannes und bis zur vollendeten diesjährigen Ernte von den in ihrem Besitze befindlichen Ländereien in der Erbmasse gezogenen Früchte und der sonstigen in die eheliche Gütergemeinschaft geflossenen beweglichen Güter, event. des Werths dieser Früchte und Güter, nach einem von ihr darüber zu edirenden eidlichen Inventar innerhalb Ordnungsfrist auszukehren und die Proceßkosten, s. d. et m., zu erstatten;

2) daß Beklagte sich gegen diese Klage in separaten Exceptionsschriften vertheidigt haben, indem die Wittwe Claussen c. c. die Einrede der unzulässigen subjectiven Klagenhäufung und die Einrede der unzulässigen objectiven Klagenhäufung und event. die Einrede der zu früh erhobenen Klage, der mitbeklagte Vormund der unmündigen Christina Maria Claussen als solcher ebenfalls die Einreden der der unzulässigen subjectiven Klagenhäufung, sowie endlich die Einrede des gänzlich fehlenden Klagrechts und der daher durchaus unbegründeten und frivolen Klage opponirt hat;

3) daß die Einrede der subjectiven Klagenhäufung im vorliegenden Rechtsstreite nicht als begründet erscheint, weil beide Beklagte, die Mutter und die mit ihr in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende Tochter, aus dem nämlichen Rechtsgrunde belangt sind und die erhobenen Ansprüche sie beide gemeinsam betroffen, beide Beklagte demnach sich in einer nothwendigen passiven Streitgenossenschaft befinden, sowie ebenfalls die Einrede der unzulässigen objectiven Klagenhäufung und der zu früh erhobenen Klage nicht zur Folge genommen werden können, weil die Cumulation von Klagen, die aus der nämlichen Quelle entspringen, wenn auch die eine Klage zur anderen in einem präparatorischen oder präjudiciellen Verhältnisse steht, jedenfalls nicht unzulässig ist;

4) daß ferner, was die Einrede des gänzlich fehlenden Klagrechts und der durchaus unbegründeten Klage betrifft, der Umstand, daß die Mitbeklagte Christina Maria Claussen von ihrer Mutter in stehender Ehe mit dem wail. Hinrich Claussen geboren und auf den Namen des Letzteren getauft ist, zwar eine rechtliche Präsumtion für ihre eheliche Abkunft, event. für ihre durch nachfolgende Ehe stattgehabte Legitimation begründet, desungeachtet aber der Kläger von dem Beweise des Gegentheils nicht ausgeschlossen werden kann, indem das Reskript vom 14. Novbr. 1772 es ausdrücklich ausspricht, daß das Kind, womit eine geschwächte Person schwanger gehe, dadurch, daß die Mutter es nach der Copulation in die Ehe mit einem Anderen, der dessen Vater nicht sei, zur Welt bringe, nicht legitim werde;

5) daß endlich, was den vom Kläger speciell zu Protocoll im heutigen Termin dictirten folgendermaaßen lautenden Antrag betrifft:

> die Wittwe Claussen hat im Widerspruche mit der Vorschrift der Landgerichtsordnung es unterlassen, sich auf die diesseitige Klage einzulassen; sie hat dadurch, da die von ihr opponirten proceßhindernden Einreden sich als unbegründet erweisen, die Verzögerung der Entscheidung dieses Rechtsstreites offenbar widerrechtlich verschuldet, der Kläger darf demnach seine Replik mit dem g. g. Antrage auf das Erkenntniß schließen, daß die Mitbeklagte, Wittwe des wail. Staveners Hinrich Claussen cum cur., innerhalb Ordnungsfrist sich auf die diesseitige Klage vorschriftsmäßig einzulassen habe, neuer Termin für diese Sache zum nächsten Bondengericht anzuberaumen, die Wittwe Claussen auch schuldig sei, dem Kläger die Kosten dieses heutigen Termins, d. et m. s., zu erstatten,

wenn die Wittwe Claussen in ihrer separaten Exceptionsschrift bloß proceßhindernde Einreden vorgeschützt hat, ohne sich auf die Klage einzulassen, die negative Einlassung ihrerseits angenommen werden muß, der Vormund ihrer mitbeklagten Tochter es auch an einer gehörigen Einlassung nicht hat mangeln lassen.

Digitized by Google

Clauſſen bereits von einem Anderen ſchwanger geweſen ſei und die am 7. November 1861 geborene Chriſtina Maria Clauſſen im Mutterleibe getragen habe, ſo werde nach ſolchem geführten oder nicht geführten Beweiſe in der Hauptſache weiter ergehen, was Rechtens.

Gegen dieſes Erkenntniß haben beide Parteien das Rechtsmittel der Appellation eingewandt und demnächſt mit gegenſeitiger Genehmigung ſtatt der Appellation die Supplication eingeführt, indem Kläger ſeine Beſchwerden darin geſetzt hat:

daß wie geſchehen erkannt und nicht vielmehr

1) den Beklagten der Beweis auferlegt worden iſt, daß die unmündige Mitbeklagte von dem wail. Stavener Hinrich Clauſſen in Weſterohrſtedt erzeugt worden; eventualiter
2) daß nicht den Beklagten der Beweis auferlegt worden, daß der verſtorbene Stavener Hinrich Clauſſen in Weſterohrſtedt der am 12. Juli 1861 mit ihm copulirten mitbeklagten Wittwe Synje Clauſſen vor Eingehung dieſer Ehe zu einer mit der am 7. November 1861 erfolgten Geburt der mitbeklagten Chriſtina Maria Clauſſen nach dem Naturgeſetze übereinſtimmenden Zeit fleiſchlich beigewohnt habe; dem Kläger aber der Beweis freigelaſſen worden, daß die gedachte Wittwe Synje Clauſſen vor jedem in der mit ihrer am 7. November 1861 erfolgten Niederkunft naturgemäß übereinſtimmenden Zeit ſtattgehabten Beiſchlafe mit dem mehrerwähnten Hinrich Clauſſen die am 7. November 1861 von ihr geborene Chriſtina Maria Clauſſen bereits im Mutterleibe getragen; in pessimum eventum
3) daß nicht dem Kläger der Beweis auferlegt worden, daß die Wittwe Synje Clauſſen vor jedem während der mit ihrer am 7. November 1861 erfolgten Niederkunft naturgemäß übereinſtimmenden Zeit ſtattgehabten Beiſchlafe mit dem wail. Stavener Hinrich Clauſſen die am 7. Novbr. 1861 von ihr geborne Chriſtina Maria Clauſſen bereits im Mutterleibe getragen habe,

oder wie dieſe Beweiſe nach Lage der Sachen und der Acten ſonſt zu formuliren ſein möchten;

die beklagte Wittwe Clauſſen und der mitbeklagte Vormund der unmündigen Chriſtina Maria Clauſſen in geſonderten Supplicationsſchriften aber dahin gravaminirt haben, und zwar beide:

daß wie geſchehen erkannt und nicht vielmehr dahin entſchieden worden:

I. daß die Beklagten mit der Einrede der unzuläſſigen ſubjectiven Klagenhäufung zu hören und Kläger daher mit ſeiner Klage angebrachtermaaßen unter Erſtattung der Koſten abzuweiſen, eventualiter
II. daß die Beklagten mit der Einrede der unzuläſſigen objectiven Klagenhäufung zu hören, Kläger daher mit ſeiner Klage angebrachtermaaßen und unter Erſtattung der Koſten abzuweiſen, eventualiter

ferner die beklagte Wittwe Clauſſen:

III. daß die Beklagte mit der Einrede der zu früh erhobenen Klage zu hören und Kläger daher mit ſeiner Klage zur Zeit abzuweiſen, unter Erſtattung der Koſten;

und der mitbeklagte Vormund der unmündigen Chriſtina Maria Clauſſen:

III. daß Beklagter in qual. qua mit der Einrede des gänzlich fehlenden Klagrechts und der durchaus unbegründeten und frivolen Klage zu hören und Kläger daher mit ſeiner Klage ab- und zur Ruhe zu verweiſen, unter Erſtattung der Koſten.

Es ſteht ſomit zur Frage, ob die aufgeſtellten Beſchwerden begründet ſind.

In Erwägung nun, daß die vom Kläger auf Grund ſeines angeblichen Inteſtaterbrechts gegen die Wittwe ſeines verſtorbenen Sohnes, des wail. Staveners Hinrich Clauſſen, und deren unmündige Tochter Chriſtina Maria Clauſſen auf Herausgabe des in ihrem Beſitze befindlichen Nachlaſſes ſeines behaupteternaaßen ohne Hinterlaſſung von Leibeserben und einer letztwilligen Dispoſition geſtorbenen gedachten Sohnes erhobene Klage als eine Erbſchaftsklage anzuſehen iſt, und daß daher die in der Klage vom Kläger aufgeſtellte Behauptung, daß die zwar während der Ehe der Wittwe Clauſſen mit dem verſtorbenen Sohne des Klägers, jedoch bereits in der dreizehnten Woche nach der am 12. Juli 1861 geſchloſſenen Ehe, geborene mitbeklagte unmündige Tochter der Wittwe Clauſſen nicht von ſeinem Sohne erzeugt ſei, ſondern ſeine genannte Schwiegertochter vor jedem fleiſchlichen Umgange mit ſeinem Sohne die am 7. Novbr. 1861 geborene obgenannte Tochter unter ihrem Herzen getragen habe, proceſſualiſch nur ſo aufgefaßt werden kann, daß dadurch in anticipirter Replik der vorausſichtlichen exceptiviſchen Be-

Digitized by Google

hauptung der Beklagten, daß die mitbeklagte unmündige Christina Maria Clauſſen von dem weil. Stavener Hinrich Clauſſen mit der Mutter derſelben vor der Ehe erzeugt ſei und daher als eheliches Kind des Verſtorbenen das Inteſtaterbrecht des Vaters ausſchließe, hat entgegengetreten werden ſollen, ſo daß in der That nur eine Klage, nämlich die Erbſchaftsklage, gegen beide Beklagte angeſtellt worden;

in Erwägung ferner, daß, wenn man auch die angeſtellte Klage proceſſualiſch als zwei Klagen, nämlich gegen die unmündige Chriſtina Maria Clauſſen als Klage auf Aberkennung der jura status derſelben als ehelicher Tochter des Verſtorbenen und gegen die Wittwe Clauſſen als Erbſchaftsklage auf Herausgabe der Erbſchaft ihres verſtorbenen Ehemannes auffaſſen müßte, dennoch ſowohl nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen, als nach einem entſchiedenen Gerichtsgebrauch die Zuläſſigkeit ſowohl der ſubjectiven als der objectiven Klagenhäufung lediglich von der Beurtheilung des Umſtandes abhängig iſt, ob durch ſolche Klagenhäufung eine Verwirrung im proceſſualiſchen Verfahren zu beſorgen iſt, im gegenwärtigen Falle aber zu ſolcher Beſorgniß ein Grund nicht vorliegt, daß demnach die von beiden Beklagten opponirten Einreden der unzuläſſigen ſubjectiven und der unzuläſſigen objectiven Klagenhäufung nicht begründet ſind;

in Erwägung ferner, daß von der Frage, ob die unmündige Chriſtina Maria Clauſſen die eheliche Tochter des verſtorbenen Hinrich Clauſſen iſt, die Nativität der erhobenen Erbſchaftsklage nicht abhängig iſt, ſondern die fragliche Thatſache nur als Fundament einer die Klage elidirenden Einrede in Betracht kommen kann, daher die von der beklagten Wittwe Clauſſen opponirte Einrede der zu früh erhobenen Klage gleichfalls unbegründet iſt;

in Erwägung ferner, daß unbeſtritten die unmündige Chriſtina Maria Clauſſen auf den Namen des Erblaſſers getauft worden, der zu den Acten gebrachte Taufſchein auch ergiebt, daß dieſelbe als eine eheliche Tochter des verſtorbenen Hinrich Clauſſen im Taufregiſter aufgeführt iſt, und daß unter ſolchen Umſtänden nicht daran gezweifelt werden kann, von dem Kläger auch nicht beſtritten iſt, daß die Chriſtina Maria Clauſſen von dem verſtorbenen Hinrich Clauſſen als ſeine eheliche Tochter anerkannt worden iſt;

in Erwägung, daß auf ein vor Eingehung der Ehe erzeugtes, aber während derſelben geborenes und von dem Ehemann als das ſeinige anerkanntes Kind die Präſumtion: pater est quem nuptiae demonstrant anzuwenden und gegen dieſe Präſumtion nur der Gegenbeweis zuzulaſſen iſt, daß der präſumtive Vater zu einer mit der Niederkunft der Mutter übereinſtimmenden Zeit mit derſelben überall nicht concumbirt habe, daß dieſen im gemeinen Rechte begründeten auf höheren ſittlichen Motiven beruhenden Rechtsſätzen auch für das Herzogthum Schleswig rechtliche Geltung nicht verſagt werden kann;*) daß aber zu einem dem Kläger annoch freizulaſſenden Gegenbeweiſe im vorliegenden Falle keine Veranlaſſung gegeben iſt, da derſelbe gar nicht behauptet hat, daß der verſtorbene Hinrich Clauſſen in zutreffender Zeit mit ſeiner ſpäteren Ehefrau den Beiſchlaf nicht vollzogen habe;

in Erwägung, daß dem Vorſtehenden nach die vom Kläger gegen das angefochtene Erkenntniß aufgeſtellten Beſchwerden ſämmtlich nicht gerechtfertigt ſind, die dritte Beſchwerde des mitbeklagtiſchen Vormundes der unmündigen Chriſtina Maria Clauſſen dagegen begründet iſt,

wird, nachdem die beklagte Wittwe Clauſſen auf Abgebung einer Gegenerklärung durch ihren Anwalt hat verzichten laſſen, unter abſchriftlicher Mittheilung der von dem Kläger und dem mitbeklagten Vormunde der unmündigen Chriſtina Maria Clauſſen eingezogenen Gegenerklärung und bei Retradirung der Originalanlagen der Supplicationsſchriften,

hiermit für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß dahin abzuändern, daß der Kläger und Supplicant mit ſeiner unbegründeten Klage abzuweiſen, unter Vergleichung der Koſten dieſer und der vorigen Inſtanz.

Gegeben im Appellationsgericht für das Herzogthum Schleswig in Flensburg, den 31. October 1864.

*) Esmarch, das im Herzogthum Schleswig geltende bürgerliche Recht, § 32, Seite 93.

Digitized by Google

Allerhöchst privilegirte

Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Etatsrath Henrici und Mohrdiek.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

52. Stück. — Den 26. December 1864.

Alphabethisches Inhaltsverzeichniß.

A. Seite

Armenunterstützung, welche einem Kinde vor vollendetem 18ten Lebensjahr verabreicht ist, kann nicht erstattet verlangt werden . 174

Armencommünen haben keinen Anspruch auf kostenfreien Proceß 179

Armenrecht, die Frage, ob einer Partei das Armenrecht zustehe, ist als Incidentpunkt unter Sistirung des Hauptverfahrens zu erledigen eod.

Amtssecretaire sind zur Vernahme amtlicher Beglaubigungen befugt 217

Actuar, Vertretung desselben durch den Richter in Nothfällen 252

Ahrensböck, ob der Amtsverwalter des Amts Ahrensböck zur Aufnahme von Untersuchungsprotocollen in Polizeisachen befugt ist 278

Appunctuationen, die außerhalb Landes zwischen einem Ausländer und einem Einheimischen geschlossen werden, unterliegen nicht dem § 14 der Stempelpapierordnung . . . 301

Aussage, väterliche 317

Actio legis Aquiliae wegen Körperverletzung . . 333

„ solidarische Haft bei derselben . . . . . eod.

„ in welchem Umfange die Kurkosten zu erstatten sind . . . . . eod.

Anerkennung eines Kindes als eines ehelichen . 362

Administration und Justiz 141. 157. 228. 230. 344

B. Seite

Beamter, unter welchen Umständen und von welchem Zeitpunkt an durch Beförderung desselben eine Vacanz seines bisherigen Amts eintritt 22. 365

Beamte, vide Depositengebühr.

Bedienung, die mit derselben verknüpften Emolumente unterliegen nicht der Abänderung durch Privatvereinbarung 77

Beschwerde, einfache, für dieselbe ist eine Berufungssumme nicht vorgeschrieben . . . 185

Beitreibung von Communalabgaben 5

„ von Arbeitskosten in Wegesachen 229

Beweiserkenntniß, Unklarheit desselben . . . 241

Beweisführung über die bei einem Rechtsgeschäft vorhanden gewesene Willensfähigkeit eines Contrahenten 285

Bürgschaft, durch Ueberlieferung der vom Bürgen unterschriebenen Bürgschaftsacte eingegangen 312

„ ist der Regreßklage des Bürgen gegenüber die Behauptung des beklagten Hauptschuldners, daß er behufs der Zahlung an den Creditor das dazu erforderliche Geld dem Kläger habe behändigen lassen, als negative Einlassung oder als Einrede aufzufassen 368

Digitized by Google

C.

Seite

Communalabgaben, Beitreibungsverfahren . . 5
Commüne, Execution wider dieselbe . . . . eod.
Culpa, Haftung der Dienstherrschaft für culpa des Gesindes 16
Collegium, welche Anzahl von Mitgliedern in in einem Richtercollegium für eine gültige Beschlußfassung erforderlich ist 93
Causa debendi, deren Angabe in Schuldocumenten 312
Cautela Socini 349
Criminalsache präjudicirt der Civilsache nicht . 333
Criminaluntersuchung, die Beweiskraft eines in derselben erstatteten gerichtsärztlichen Gutachtens im Civilproceß 217
Criminalerkenntniß, Publication desselben durch den Richter ohne Hinzuziehung des Actuars 252
Criminalfälle:
Kindesmord und Ehebruch 47
Calumnie und öffentliche Injurie 81
Diebstahl, Begriff desselben 99
Dolose Sachbeschädigung 110
Brandstiftung nach Dithm. Landrechte . . eod.
Raubmord . . . . . 119 u. ff.
Bigamie 164
Fälschung 202. 248
Veruntreuung öffentlicher Gelder 213
Diebstahl und Unterschlagung . . 222. 340. 362
Betrug 280
Incendium ohne Gemeingefährlichkeit . . . 284
Incest 310
Einfacher kleiner Diebstahl nach früher wegen geringfügiger Entwendung erlittener Strafe 316
Geringfügige (polizeilich zu ahndende) Entwendung 324
Fahrläßiges Verhalten bei der Geburt eines unehel. und heimliche Beiseiteschaffung der Leiche 330
Diebstahl an Wild aus aufgestellten Fallen 338
Diebstahl, wann durch Einsteigen qualificirt 339
Vergehen wider die Strandordnung . . . 353
Hausdiebstahl 355
Geständniß in Fällen, wo der Inculpat eines eines noch schwereren Verbrechens verdächtig ist 260
Widerrufenes Geständniß 306
Zurückweisung der Supplication wegen man-

Criminalfälle: Seite
gelnden Interesses, wenn die erkannte Strafe verbüßt ist 315
Landesräumung, ob auf dieselbe zu erkennen, hängt vom richterlichen Ermessen ab . . 316
Unfähigkeit des Criminalrichters zur Theilnahme an der Untersuchung und Entscheidung wegen einer ihm zugefügten Amtsbeleidigung 331
Ob für die Frage des Rückfalls die im Königreiche Dänemark früher erlittene Criminalstrafen in Betracht kommen 356
Strafloſigkeit des freiwilligen Rücktritts vom beendigten Versuch 115

D.

Depositengebühr ist dem das Depositum ausliefernden Beamten beikommend . . . 24
Deposition, gerichtliche, des Betrags einer bestrittenen Forderung steht der Zahlung nicht gleich 177
Demonstrationen, politische, sind nicht an sich strafbar 234
Deserterklärung, die Kosten derselben hat die Gegenpartei zu erstatten 309

E.

Eid, Ableistung des Schiedeseides am Wohnorte der schwörenden Partei 293
Eidesleistung über die geistige Freiheit einer Person unstatthaft 70
„ über die Fähigkeit eines Dritten zur Bewirthschaftung einer Landstelle 105
„ über das Eigenthum an einer Sache unstatthaft 293
Eidesdelation, zuläſſig für die bei Schwängerungsklagen behufs Benutzung des Schiedeseides erforderliche Bescheinigung der in der Geburtsnoth geschehenen Benennung des Beklagten als Schwängerers 173
Execution wider eine Commüne 5
Ermissionsverfahren gegen den Miether nach Dithm. Landrecht 177
Exceptio non adimpleti contractus gegen einen Ermissionsbefehl 301

Digitized by Google

Seite

Einrede des nicht gehörig und nicht rechtzeitig erfüllten Contracts 230

Exceptio doli ist begründet, wenn in einem Contractsverhältniß der Verletzte ein ihm sofort angebotenes genügendes Surrogat der ihm entzogenen Leistung zurückgewiesen hat 89

Einrede, vor der Klaganstellung von der Größe der Forderung nicht in Kenntniß gesetzt zu sein 321

Einwilligung, stillschweigende, ob dieselbe aus dem Schweigen des Gesindes zu einer unzeitigen Kündigung zu folgern 289

Ehefrau, eine, welche in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann ein Schulddocument unterschreibt, ist als Bürgin zu betrachten . . 165

Eheliche Kinder 362

Ersitzung des Jagdrechts 245

„ wird unterbrochen durch ein Verbot desjenigen, gegen den die Ersitzung gerichtet ist eod.

„ von Servituten 101. 253

F.

Forum hereditatis 39

Forum prorogatum wird nur durch Einlassung vor einem Gericht und nicht vor einer Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit begründet . . . . . eod.

Fuhrverordnung vom 17. Decbr. 1845 . . . 226

Fremde Leistungen als Gegenstand eines Versprechens 345

G.

Gebühren dürfen in Untersuchungen wegen Gewerbecontraventionen nicht berechnet werden 328

Gebührenfreiheit der bei den Oberdicasterien Angestellten 303

Gebühr für Ausstellung eines Erblegitimationsbescheides 63

vide auch Depositengebühr.

Geständnisse, welche keinen Dispositivact enthalten, werden von einem Curanden ohne Mitwirkung seines Curators gültig abgelegt 70

Seite

Gerichte haben selbst über ihre Competenz zu erkennen 157

Gerichtsstand, unter welcher Voraussetzung der höhere Gerichtsstand der Mitglieder der drei ersten Rangclassen sich auf ihre selbstständig gewordenen Kinder erstrecke . . 176

Geschlechtscurator braucht im Rubrum bei der Gegenpartei nicht erwähnt zu werden . 185

Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel . . . 210

Generalhypothek, ob die Verabredung einer protocollirten Specialhypothek auch die Bestellung einer Generalhypothek involvire 261

Gütergemeinschaft, fortgesetzte, in wie weit die darin lebende Mutter ihre mündigen Kinder vertreten kann 277

Gesindesache, in derselben ist die Auflage besserer Bescheinigung nicht unstatthaft 289

Güteversuch 323

Geringfügige Sachen, alle nicht bestrittenen Behauptungen gelten als eingeräumt . . eod.

H.

Hofdienste, welche auf der Leibeigenschaft beruhen und in eine Geldprästation verwandelt worden, ob selbige als Reallast zu betrachten 181

J.

Injurie durch eine von der Dienstherrschaft vorgenommene Durchsuchung der Sachen ihres Dienstboten 13

Injuriensachen, Form der Bekanntmachung der Erkenntnisse . . . . . eod.

„ die Supplication ist durch Einreichung der Supplicationsschrift bei den Oberdicasterien zu prosequiren 64. 327

„ die Zuschiebung einer Legalversicherung ist auch bei Zustimmung des Delaten nicht gestattet 167

„ der Parteieneid ist nur bei Realinjurien von Erheblichkeit zulässig 329

Irrthum über die Breite zu liefernden Segeltuchs kein wesentlicher 169

Irrthum in Motiven 272

Digitized by Google

Seite

Interdictum de itenere 46
Incidentbeweisverfahren 173
Jagdrecht der Klostergüter geht bei Veräußerung einzelner Gutstheile auf den Erwerber nur dann über, wenn es ihm besonders übertragen wird 245
„ Ersitzung desselben . . . . . eod.
Interposition eines Rechtsmittels, Form derselben 327
Justiz und Administration 141. 157. 228. 230. 344

K.

Kirchenjuraten sind die verfassungsmäßigen Vertreter der Kirchengemeinde 5
Klagenhäufung nur möglich, wenn die Klagen sich für dieselbe Proceßart eignen . . . 46
„ mehrere für dieselbe Verbindlichkeit haftende Schuldner können gleichzeitig in demselben Verfahren auf Erfüllung der Schuld belangt werden 312
„ die Entscheidung über deren Zulassung ist dem richterlichen Ermessen vorbehalten . 362
Kündigungsdecret 325
Kostencompensation wegen naher Verwandtschaft 107. 149
„ tritt nicht ein wegen Unterliegens in Nebenpuncten 264
„ tritt nicht ein wegen unerheblicher Zuvielforderung 321
Kosten des bedingten Mandatsverfahrens, wenn die Sache demnächst im ordentlichen Processe weiter verhandelt wird 264
„ einer Deserterklärung hat die Gegenpartei zu erstatten 309

L.

Locatio operis 230
Ladung, die Einreichung eines vom Gericht zurückgewiesenen Ladungsgesuchs ist der wirklichen Ausbringung einer Ladung nicht gleichzustellen 309

M.

Miethcontract, die Furcht vor einer in der gemietheten Wohnung herrschenden ansteckenden Krankheit berechtigt den Miether nicht zum Rücktritt 109
Mandatsproceß, unbedingter, wie in demselben der Legitimationspunkt zur Liquidität zu erheben ist 165
„ bedingter 133
„ bedingter, die Behandlung des Kostenpunkts, wenn die Sache demnächst auf den Weg des ordentlichen Processes verwiesen wird 264
Mandatar, ob derselbe Dritten gegenüber verpflichtet ist, sich auf Klagen einzulassen, welche gegen ihn Namens seines Mandanten erhoben werden 273
Modicum tempus für Leistungen, welche nur auf vorgängige Anforderung zu gewähren sind, ist nach richterlichem Ermessen zu bestimmen 299
Mora accipiendi kann unter Umständen auch durch ein bloß wörtliches Anerbieten begründet werden 317
Moderationsrecht ist Ausfluß der jurisdictio contentiosa 325

N.

Norderdithmarschen, die Kosten des Vorforderungstermins hat der ungehorsam ausbleibende Theil zu erstatten 167
Nichtigkeit, ein stattgehabtes Zeugenbeweisverfahren ist nach später geschehener Leistung des Schiedseides nicht mehr wegen Nichtigkeit anzufechten 272
„ bei einem nichtigen processualischen Verfahren kann die Wiederherstellung des status quo nicht vom Richter gefordert, sondern muß dem Proceßgegner gegenüber durch geeignete Rechtsmittel erstritten werden 344
Nachtheile der zweiten Ehe 349

O.

Obergutachten, in welchem Stadium des Processes ein solches einzuziehen sei . . . 219

P.

Provocatio ad agendum, Abhandlung . . 1 bis 70

Digitized by Google

Seite

Provocatio ad agendum, Zulässigkeit derselben bei Behauptung dinglicher Rechte 282
„ Subsidiarität derselben . . . . . eod. 296
„ ist ein Provocationsmandat zulässig, worin eine Partei angewiesen wird, binnen bestimmter Frist die Ladung zum Audienztermin auszubringen 367
Productionstermin, in wie fern in demselben die Beweisurkunden im Original zu produciren sind 97. 295
Polizeistunde, die Verordnung vom 9. April 1736, welche den Aufenthalt sitzender Gäste in den Wirthshäusern nach einer bestimmten Stunde verbietet, findet auf Reisende, welche in dem Wirthshause logiren, keine Anwendung 296
Präsumtion der Fortdauer nachweislich begründeter Verpflichtungen 312
Protocoll, die Nichtaufzeichnung wesentlicher Parteivorbringen begründet keine Beschwerde wegen mangelnden rechtlichen Gehörs, wenn die Partei eine Ergänzung des ihr vorgelesenen Protocolls nicht beantragt hat 321
Poenae secundarum nuptiarum 349
Präsumtion: pater est quem nuptiae demonstrant, gilt auch im Herzogthum Schleswig 362
„ Anwendung derselben auf vorehelich erzeugte, jedoch während der Ehe geborne Kinder . eod.

R.

Rheder, Haft desselben bei An- und Ueberfegelung eines Schiffes 85. 366
Retentionseinrede im Exmissionsproceß . 179. 301
Recurssumme, Berechnung derselben bei Alimentationsklagen 213
„ Bescheinigung derselben 361. 369
Recurs gegen Brücherkenntnisse, welche wegen verweigerter Leistung der Hand- und Spanndienste für communale Wegearbeiten abgegeben sind 225
Recusation des Richters unter Umständen dadurch zu begründen, daß er beleidigende Aeußerungen einer Partei nicht zurückweist 321
Restitution, ein selbst unentschuldbares Versäumniß abseiten eines Anwalts ist für die Partei ein justa causa restitutionis und die desfällige Erklärung des Anwalts ist eine hinreichende Bescheinigung 325
Restitution, wenn die Frist zur Einwendung und Einführung eines Rechtsmittels versäumt ist 359

S.

Schulvorsteher sind zur gerichtlichen Beitreibung von Schulbaukosten durch einen Auftrag des Visitatoriums legitimirt 5
Schiedsgericht, der Obmann desselben ist zur Abgebung einer von den Aussprüchen der Schiedsrichter abweichenden Entscheidung befugt 30
„ die Gültigkeit des von dem Obmann abgegebenen Schiedsspruchs ist nicht dadurch bedingt, daß die Schiedsrichter ihre auseinandergehenden Ansichten in einer bestimmen Form dem Obmann dargelegt haben 264
Schiedsspruch kann vor dem ordentlichen Richter nur aus solchen Gründen, welche die Nichtigkeit eines richterlichen Erkenntnisses herbeiführen würden, angefochten werden . 30
Schüttung fremden Viehs 55
Sachverständige, sich widersprechende Gutachten eines und desselben Sachverständigen . . 70
„ ob die Verdächtigkeit eines Sachverständigen zu seiner Verwerfung berechtige . . 220
Servitutenersitzung auch dann, wenn der Erwerber in der irrthümlichen Meinung, sein Eigenthum auszuüben, gehandelt hat 101
„ setzt nicht voraus, daß der Handelnde eine bestimmte Ansicht darüber gewonnen habe, daß ihm das Recht zu der Handlung zustehe . . . . . eod.
„ Einfluß des Umstandes, daß das praedium dominans während der Verjährungsfrist an den Eigenthümer des praedium serviens verpachtet gewesen ist 253
Schwängerung, zur Begründung des Satisfactionsanspruchs einer stuprata gehört nicht die Behauptung, daß sie als primipara geboren habe 117

Digitized by Google

Seite

Schwängerung, der Satisfactionsanspruch wird hinfällig, wenn die stuprata durch ihr Verhalten dem Schwängerer zu begründeten Einwendungen gegen die Ehelichung Veranlassung gegeben hat 117

, wie der Betrag der Wochenbettskosten zu bestimmen ist . . . . . eod.

, Anerkennung der Vaterschaft von Seiten des Schwängerers als Fundament der Schwängerungsklage 186

Siegel, obrigkeitliche, Verletzung derselben . . 207

Societät, der Theilhaber haftet nicht für die vor seinem Eintritt von seinem Socius in Beziehung auf das Geschäft contrahirten Schulden 246

Setzwirthschaft, die Erben der verstorbenen Setzleute können als solche die Fortsetzung des Contractsverhältnisses nicht beanspruchen 257

Specialhypothek, ob die Verabredung einer solchen auch die Bestellung einer protocollirten Generalhypothek involvire . . . 261

Schweigen des Gesindes zu einer unzeitigen Kündigung, ob daraus eine Einwilligung in die verfrühte Aufhebung des Dienstverhältnisses zu folgern 289

Stempelpapier, vide Appunctuationen u. Wechsel.

Segeberger Justizreglement, darnach hat der Kläger, welcher von dem Laudum des Amthauses an das Ordinarium provocirt, bei Verlust seines Rechts die Sache zum nächsten, event. nächstfolgenden Amtsgericht einzucitiren 309

Sequestration, richterliche 320

Syndicatsklage 344

Sociniſche Cautel 349

T.

Seite

Testamentszeuge kann auch derjenige sein, welcher zum processualischen Zeugniß für den im Testamente eingesetzten Erben inhabil sein würde 149

U.

Urkunde, die amtliche Beglaubigung der Unterschrift einer Urkunde macht dieselbe nicht zu einer öffentlichen 97. 295

V.

Voracten, das Fehlen eines zu den Voracten gehörigen Actenstücks hat nicht die Verwerfung der Supplication zur Folge . . . 185

W.

Waare, der Verkäufer hat im Handelsverkehr diejenige Waare zu liefern, welche regelmäßig unter der von ihm angegebenen Bezeichnung vorkommt 169

Wechselversprechen begründet als solches auch allenthalben im Herzogthum Schleswig eine klagbare Verbindlichkeit 304

Wechsel, deren Belegung mit Stempelpapier, wenn sie producirt werden . . . . . eod.

Z.

Zeugnißpflicht der Anwälte in Sachen ihrer Clienten 96

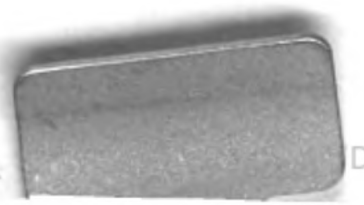
, der Umstand, daß einem Zeugen durch seine Vernehmung Kosten entstehen, deren Erstattung nicht zu gewärtigen ist, berechtigt ihn nicht zur Verweigerung seines Zeugnisses . . . . . eod.

Zeugniß der Schwiegereltern 151

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google